Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

Digitized by the Internet Archive
in 2010 with funding from
University of Ottawa

http://www.archive.org/details/elmentsdintrod00lv

HENRI LÉVY-ULLMANN
* * Professeur de droit civil
à la Faculté de droit de Lille,
Chargé des fonctions d'agrégé
à la Faculté de droit de Paris.

Éléments d'Introduction générale

à l'étude des sciences juridiques

I

La définition du droit

Librairie de la Société du
* * Recueil Sirey * *
Léon TENIN, Directeur,
22, *Rue Soufflot*, *PARIS*

—(1917)—

UNIVERSITAS Ottaviensis BIBLIOTHECA Facultas Juris Civilis

2-3-46

UNIVERSITAS
O. M. I.

Éléments d'Introduction générale

à l'étude des sciences juridiques

Don du
GOUVERNEMENT
FRANÇAIS
en mai, 1938.

DU MÊME AUTEUR

PÉDAGOGIE JURIDIQUE ET DROIT CIVIL

La législation anglaise sur la vente des meubles (loi du 20 février 1894) (Extr. de l'*Annuaire de Législation étrangère*). Paris, Pichon, 1896.

Les études de droit et le barreau en Suède et Norvège (*Bulletin de la Société de Législation comparée*, 1897).

Programme d'un Cours d'introduction au droit civil (Extrait de la *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 4, 1903). Paris, Larose, 1903.

Discours sur le Code civil (Séance solennelle en l'honneur du centenaire du Code civil à la Faculté de droit de Lille) (Extrait de la *Revue internationale de l'Enseignement*). Paris, Pichon, 1904.

Essai sur les fondations par testament (Affaires de l'Académie Goncourt et de l'Hospice de Finestret) (Extrait de la *Revue trimestrielle de droit civil*, n° 2, 1904). Paris, Larose, 1904.

Code civil allemand (trad. et notes) publié par le Comité de Législation étrangère, livre II°, section VII (Rapports particuliers d'obligation), art. 433 à 822, t. II. Imprimerie nationale, 1906, pp. 1-387.

DROIT FINANCIER

Traité des obligations à primes et à lots. Paris, Larose, 1895. — Ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris. — *Épuisé.*

Les négociations de valeurs cotées effectuées par l'intermédiaire des coulissiers (Extrait des *Annales de droit commercial*). Paris, Rousseau, 1896.

Essai sur les titres nominatifs (Extrait des *Annales de droit commercial*). Paris, Rousseau, 1897.

Les titres au porteur perdus ou volés. Rapport au Congrès international du Commerce et de l'Industrie, 1900.

Les avances sur titres et la pratique des Banques (*Revue internationale du commerce et de l'industrie*, mars 1902).

La question politique des trusts (Extr. de la *Revue du droit public et de la science politique*, sept.-oct. 1903). Paris. Chevalier-Marescq, 1904.

TRAVAIL ET PRÉVOYANCE SOCIALE

La Mutualité; ses avantages; ses exagérations et ses dangers. Paris, Cornély, 1905.

Le contrat collectif de travail dans la batellerie de rivière (*Démocratie sociale*, octobre 1909).

Le manifeste du parti fédéraliste et la place des consommateurs dans le mouvement fédéraliste (*Revue de la solidarité sociale*, juillet 1910).

SOUS PRESSE

Paul Hervieu (*à propos du « théâtre juridique »*), Conférence publique faite à la Faculté des lettres de Lille, le 14 mars 1914 (Série des conférences sur les « Figures contemporaines », année scolaire 1913-1914), et à l'Institut français de Londres (*Marble Arch. House*), le 31 mars 1914. Librairie du Recueil Sirey.

EN PRÉPARATION

Éléments d'Introduction générale à l'étude des sciences juridiques. II. *L'Encyclopédie du droit.*

Le contrat de travail (Cours de législation industrielle professé à la Faculté de droit de Lille, 3e année de licence).

HENRI LÉVY-ULLMANN
* * Professeur de droit civil
à la Faculté de droit de Lille,
Chargé des fonctions d'agrégé
à la Faculté de droit de Paris.

Éléments d'Introduction générale

à l'étude des sciences juridiques

I

La définition du droit

Librairie de la Société du
* * Recueil Sirey * *
Léon Tenin, Directeur,
22, *Rue Soufflot, PARIS*

—(1917)—

UNIVERSITAS
O. M. I.

KE
211
.L4
1912
v.1

KF
151
.L478
1917
v.1

AU SOUVENIR DE MES CAMARADES

MORTS POUR LA CAUSE DU DROIT

H. Lévy-Ullmann
Lieutenant hors cadres.

LA DÉFINITION DU DROIT

Il existe, dans le fonds commun des religions et des philosophies, une anecdote édifiante que les jurisconsultes méditeraient avec fruit. Au cœur d'une ville prise d'assaut par les Barbares, un vieil homme se recueille, en prières ou en suprêmes réflexions. Survient l'un des vainqueurs, qui saisit le vieillard par les cheveux et brandit au-dessus de sa tête un glaive teint de sang : « Tu vas m'enseigner ta doctrine pendant tout le temps que je pourrai me tenir sur un pied ; mais lorsque je serai fatigué, mon arme terminera ton discours. — C'est bien simple, répartit le sage : *Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas que l'on te fît à toi-même.* Et maintenant, tu en sais autant que moi. » Stupéfait, le guerrier recule, laisse tomber son glaive, puis s'agenouille devant le vieillard, subjugué, illuminé, — converti.

Les Barbares, une fois de plus, déferlent sur les cités paisibles. Le juriste, en face de ses livres, s'interroge avec anxiété. Avons-nous su, de notre science chargée de siècles, extraire quelque formule magique où s'exorcise la brutalité ? Au seuil de nos maisons du Nord, confiées à la seule garde de l'Idée,

quelle notion fulgurante du droit aurait arrêté la ruée des envahisseurs et fixé, respectueux, sur le pas de la porte, ces adorateurs enivrés de la force ? « Devant l'éclat du droit, la certitude mathématique pâlit », disait Proudhon[1]. Le droit ? Qu'est-ce que le droit ? ricaneront-ils. Et nous, alors, qu'aurions-nous pu répondre ? ou plutôt, par avance, qu'avions-nous répondu ?

La question, certes, n'est pas nouvelle : « Je vous prie et requier que vous déclariez que c'est que droi vous appelez », demandait déjà le Chevalier au Clerc dans le *Songe du Vergier*[2]. Est-ce que tout n'a pas été cent fois dit sur ce thème, depuis si longtemps qu'il y a des jurisconsultes, et qui pensent ?

Et cependant il y resterait encore beaucoup à débattre, s'il fallait en croire à la lettre le dernier auteur qui ait écrit sur la matière, notre savant collègue M. Gény : « La notion du droit, et spécialement du droit positif semblerait devoir être absolument familière à l'esprit des jurisconsultes. Le droit n'est-il pas l'unique but de leurs efforts et pourraient-ils raisonnablement en poursuivre la réalisation, s'ils n'en saisissaient, d'abord, s'ils n'en possédaient constamment, l'essence ? il est loin, pourtant, d'en être ainsi. Et, sinon l'ignorance, à tout le moins l'oubli, de ce point fondamental, explique, à lui seul, bien des défaillances de méthode[3]. »

Quoi donc ? serait-il vrai que, s'agissant d'une

---

1. Proudhon, *De la justice dans la Révolution et dans l'Église*, Su prématie de la justice, t. I, p. 42 (édition de 1868).

2. Beudant, *le Droit individuel et l'Etat*, p. 74 et Charmont, *la Renaissance du droit naturel*, 1910, p. 14.

3. *Science et technique en droit privé positif*, nouvelle contribution

donnée absolument capitale, de la notion même sur laquelle repose notre science juridique tout entière, il subsiste encore des côtés obscurs, des détails échappés à l'analyse, des imperfections dans la synthèse, des faiblesses dans l'abstraction et la généralisation ?

Notre excellent collègue de Nancy, cela est manifeste, a exagéré à dessein l'expression de son sentiment : ne faut-il pas parfois crier pour risquer d'être entendu ? Lui-même, d'ailleurs, dans le second fascicule de son ouvrage [1], a fourni à sa propre assertion la plus éloquente des répliques, en énumérant les nombreuses doctrines proposées, au cours de ces dernières années, touchant le concept du droit. A l'aube du vingtième siècle, en effet, nous avons assisté, en France, à un superbe mouvement intellectuel : mise au point de systèmes anciens, éclosion de systèmes nouveaux. Néo-utilitaires, sociologiques, pragmatiques, positivistes, réalistes, objectifs ou, au contraire, idéalistes poussant l'idéalisme jusqu'à détacher le droit de la science pour en faire un article de foi, voilà le spectacle que nous donnait la pensée juridique française à la veille du cataclysme de 1914. Et entre tant de séduisantes théories qui sollicitent l'adhésion de l'esprit, plutôt que d'en

---

à la critique de la méthode juridique : Introduction, Ire partie, position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution, 1914, n° 13, pp. 42 et 43.

1. *Science et technique*, IIe partie, élaboration scientifique du droit positif (l'irréductible « droit naturel »), octobre 1915. V. aussi CHARMONT, *op. laud. supra*, et J. BONNECASE, *La « notion de droit » en France au XIXe siècle*, encore en cours de publication au moment où nous mettons sous presse (*Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence*, année 1915, pp. 327, 392, 496 : année 1916, pp. 82, 172, 221, 351).

accuser l'indigence, un profane ne serait-il pas tenté de conclure, avec Montaigne, « par interrogation : que sçais-je ? comme je la porte à la devise d'une balance[1] » !

Il existe pourtant un point vis-à-vis duquel les observations de M. Gény, si surprenantes au premier abord, pourraient sembler, à certains égards, justifiées : c'est lorsqu'il s'agit des *formules* où, toutes les théories ayant été exposées, tous les systèmes ayant été passés en revue, il est loisible d'aller rechercher la véritable définition du droit.

La définition du droit ? oui, sa définition, au sens strict et technique du terme[2] : une *définition*, c'est-à-dire une phrase brève, quelques lignes serrées, quelques mots choisis, tous pesés à l'instrument le plus sensible, fournissant à celui qui l'entend ou la lit l'idée claire, précise, correcte, « définitive » de l'objet à définir ; la définition *du droit*, c'est-à-dire celle qui, prenant le mot « droit » dans tous les sens qu'embrasse ce vocable, sans aucune limitation restreignant par avance le point de vue auquel on se place ou l'aspect sous lequel on l'envisage, en expose la donnée complète ; la définition, qui, abordant le problème de face, débute hardiment par ces

1. Montaigne, *Essais*, l. II, ch. xii, apologie de Raimond Sebond.
2. « Énonciation des attributs qui distinguent une chose, qui lui appartiennent à l'exclusion de toute autre » (Littré, *Dictionnaire de la langue française*, V° *Définition*.) — « Les notions générales se distribuent sous des genres de plus en plus étendus, jusqu'au *summum genus*. Chaque notion a ainsi, dans le système hiérarchique des notions, une circonscription déterminée. Déterminer la circonscription d'une idée, c'est *définir* cette idée et le terme qui l'exprime. » (L. Liard, *Cours de philosophie*, *Logique*, l. I, ch. iv : des notions et des termes ; la définition).

mots : *le droit, c'est...* ; la définition, enfin, que l'éternel Barbare auquel s'adresse le juriste écouterait facilement en se tenant sur un seul pied, et qui le laisserait, sinon hélas ! ébloui, du moins renseigné et instruit.

Une pareille définition existe-t-elle dans notre littérature juridique française ? C'est à cette recherche que le présent essai se propose d'apporter une très modeste contribution.

PREMIÈRE PARTIE

BROCARDS ROMAINS ET PROCÉDÉS DIVERS

CHAPITRE PREMIER

LES BROCARDS DU DROIT ROMAIN

Une observation, tout d'abord, est de nature à retenir notre attention : c'est que les jurisconsultes romains, malgré leur supériorité indéniable[1], n'ont aucunement pu réussir, même à la dernière époque, à léguer à ceux qui les suivirent une bonne définition du droit.

La remarque est d'autant plus frappante, que les Romains ne sont pas seulement parvenus à dégager les règles principales gouvernant les hommes et

---

1. « Si nous nous comparons aux Grecs ou aux Romains ou aux gens du moyen âge, nous découvrirons aisément que nous l'emportons sur eux en certains points, tandis qu'en d'autres nous leur sommes inférieurs. Les Grecs nous étaient supérieurs en art et en littérature, *les Romains en droit*, les hommes du moyen âge dans certains arts, comme l'architecture ». (G. Ferrero, *la Guerre européenne*, 1916, p. 290.)

leurs biens, mais encore, qu'ils sont les véritables fondateurs de la technique propre à notre science[1]. Et spécialement : envisager les différentes situations où l'homme peut se trouver, en fait, vis-à-vis de ses semblables ou des choses; rassembler toutes les règles du droit éparses dans les XII Tables, dans les Édits, dans la Coutume, applicables à ces situations ; créer des appellations particulières destinées à les personnifier comme « institutions juridiques » ; — rapprocher, comparer, grouper ces institutions, pour obtenir des *classifications*, puis, au sommet, des *définitions*, — telle est, entre autres procédés, la suite d'opérations logiques par lesquelles les jurisconsultes de la fin de la République et de l'époque classique, posant d'une manière incomparable les diverses catégories du droit privé, ont su imaginer ces cadres à la fois souples et rigides où s'enchâssent jusqu'aujourd'hui les relations nées de la famille ou engendrées par la propriété. Les *Institutes* et surtout le *Digeste*, dans les premiers fragments de ses Titres, nous montrent sans cesse les Prudents préoccupés de définir, avec un double et constant souci d'exactitude et de brièveté qualifié par eux « d'élégance ». Ainsi, servis par une langue lapidaire, nous ont-ils transmis des définitions que les juristes de tous pays, après bientôt deux mille ans écoulés, ne se sont pas encore lassés de reproduire fidèlement.

---

1. V. sur la technique des Romains les pages très suggestives de M. Ed. Cuq, *les Institutions juridiques des Romains*, t. I, p. 717 et s. (et notamment p. 730), II, p. 38 et s. — Demogue, *les Notions fondamentales du droit privé*, 1911, p. 225. — Cf. notre *Programme d'un cours d'introduction au droit civil*, *Revue trimestrielle de droit civil*, t. II, 1903, pp. 847 et 848.

Ces considérations générales ne font que mettre plus crûment en lumière les difficultés foncières inhérentes à notre problème, par l'impuissance où nous apparaissent à la fois le *Digeste* et les *Institutes*, (*De justitia et jure*[1]), à en apporter la solution.

Ce n'est point le lieu de revenir ici sur le commentaire détaillé de ces textes. L'explication en était courante à l'époque où, dans nos Facultés, l'on étudiait le droit romain, suivant la méthode exégétique, sur les *Institutes* de Justinien. Si nous nous y arrêtons néanmoins, c'est, premièrement, pour éviter le reproche de dresser contre nos anciens un procès-verbal de carence qui, dénué de justifications, pourrait paraître vraiment un peu sommaire. Les définitions romaines, au surplus, si insuffisantes soient-elles, se prêtent, par leurs défauts mêmes, à des réflexions d'ordre critique que nous jugeons plus opportun de développer dès à présent : exposées avant d'aborder nos définitions françaises, elles sont de nature, croyons-nous, à éclairer *ab initio* la position de la question.

I

Les *Institutes* de Justinien débutent par trois définitions empruntées aux Règles d'Ulpien (dont le texte est recueilli, par ailleurs, dans le fragment 10 de notre titre, au *Digeste*). Elles portent sur les trois mots *justitia*, la justice; *jurisprudentia*, la jurisprudence; *jus*, le droit. Que disent-elles ?

---

1. *Dig.* liv. I, tit. 1; *Inst. de Justinien*, liv. I, tit. 1.

La définition de la justice est donnée dans les termes suivants : « La justice est la volonté inébranlable et permanente d'attribuer à chacun *son droit*[1]. » Comme on le voit, la justice est présentée « en fonction » du droit, dont elle ne serait qu'un succédané psychologique.

Le rapport de filiation établi par les *Institutes* entre la justice et le droit, exact au point de vue de l'étymologie[2] et peut-être des origines historiques[3], a été très attaqué par les derniers commentateurs. Le droit, suivant eux, « loin d'engendrer la justice, doit s'en inspirer et ne vit que par elle[4] ». N'entrons pas dans cette querelle, qui dépend précisément du point de savoir ce que l'on entend par le mot « droit » ; si, en effet, l'on entend seulement par droit la collection des règles positives obligatoires, la critique pourrait être fondée, car ces règles doivent nécessairement s'inspirer de l'esprit de justice ; mais si le droit est envisagé aussi comme une donnée « que la conscience proclame[5] », la proposition des *Institutes* apparaît comme inattaquable. Quoi qu'il en soit de cette controverse[6], ce qu'il convient de noter ici, c'est

---

1. *Justitia est constans et perpetua voluntas* JUS SUUM *cuique tribuendi* (ou *tribuens*) (Inst. I, 1, pr. — *Dig.* I, 1, fr. 10 pr.).

2. *Justitia* vient de *juri stare* : se fonder sur le droit. Sur l'origine du mot *jus*, voir P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, chap. prél., p. 1, notes 1 et 2 et les réf. cit.

3. « Le droit (*jus*, de *jubere*, ou *jussus*) ne serait qu'une liste de commandements imposés par l'autorité. La justice consisterait tout entière à observer ces commandements. » (ACCARIAS, *Précis de droit romain*, Prolégomènes, I.)

4. ACCARIAS, *ubi supra*.

5. *Id.*, Introduction générale, 4e éd., p. IX.

6. On la retrouve encore actuellement. V. par exemple PILLET, *Principes de droit international privé*, 1903, p. 2, note : « le droit, c'est la réalisation sociale de l'idée de justice, et l'idée de justice relève de la conscience plus que de la raison. » — En sens inverse

que la définition de la justice ainsi fournie par Ulpien et Justinien nous renvoie franchement à celle du droit : c'est la seule chose que nous ayons à en retenir.

La deuxième définition envisagée, celle de la jurisprudence, si l'on interroge l'étymologie (JURIS*prudentia*), semblerait devoir également, a priori, découler de celle du droit : car le mot JURIS*prudentia* désignait, à Rome, la science du droit, et ceux qui la possédaient s'appelaient JURIS*prudentes*, les « Prudents » dans le droit. Toutefois les *Institutes*, après Ulpien, ont cru devoir s'exprimer plus longuement; la jurisprudence, c'est : *rerum divinarum atque humanarum notitia, justi atque injusti scientia*[1], « la connaissance des choses divines et humaines, la science de ce qui est juste et injuste ». Qu'en résulte-t-il?

Il en résulte, en premier lieu, que le droit, ce serait l'ensemble des choses divines et humaines, — puisque la jurisprudence en est la science. — A ce compte, la science du droit ne serait autre que la connaissance de l'ordre universel : *de omni re scibili et quibusdam aliis*, écrira, plus tard, Pic de la Mirandole. On conviendra, aujourd'hui, que c'est beaucoup !

Une telle conception du droit fut-elle bien celle des Romains ? Pourquoi en douter, puisqu'ils l'ont écrit, en toute conscience, et à plusieurs reprises? Le

---

J. BONNECASE, *loc. cit. supra, Rev. gén.*, 1915, pp. 334-335, note 3 : « la justice par rapport au droit est ce que la réalisation est par rapport à l'idée ; la justice est la mise en application du droit, la réalisation de la notion de droit. Se demander si une chose est juste ou injuste, c'est examiner si elle est ou non conforme au droit. »

1. *Inst.*, *loc. cit.*, § 2.

même Ulpien, dans le premier texte recueilli par le *Digeste*[1], ne reconnaît-il pas aux juristes une majesté sacerdotale, héritée des pontifes ? Le droit aurait été pour eux la science suprême, comme l'est, de nos jours, la sociologie pour les disciples d'Auguste Comte. Peut-être même fut-il à leurs yeux, surtout à l'époque des grands jurisconsultes, la science unique : nous voyons Cicéron le confondre avec la philosophie[2], c'est-à-dire avec la morale.

Quoi qu'il en soit, ici encore, la plupart des commentateurs répugnent à cette interprétation[3]. Ils se lancent alors dans des conjectures qui ont le défaut d'être arbitraires. « Le texte se réfère, dans un style tout à la fois vague et ambitieux, à la distinction, jadis si importante, du droit religieux et du droit profane », dit Accarias[4]. Mais alors, encore une fois, qu'est-ce que le droit ?

Même conclusion interrogative, renvoyant toujours, quoi qu'on veuille, à la définition du droit, lorsqu'on examine la seconde partie de la définition de la jurisprudence : « *justi atque injusti scientia* ». Discriminer le juste et l'injuste, c'est faire retour à la notion de justice, c'est-à-dire, nous l'avons vu, à celle du droit. Et si l'on essaie de suggérer, comme certains auteurs, qu'il faut éviter de confondre *justus* et *injustus* avec *æquus* et *iniquus*, *justus* s'employant pour qualifier toute chose qui, équitable ou

---

1. *Dig.*, *h. t.*, fr. 1 § 1.
2. « *Penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam putas* » (*De legibus*, I, 5).
3. Voir les diverses interprétations dans Accarias, *op. cit.*, p. 5 et note 4.
4. Accarias, *ubi supra*.

non, est conforme au droit, on traduira alors notre définition ainsi : la jurisprudence est « la science de ce qui est conforme ou contraire au droit[1] ». Et nous voici ramenés, une fois de plus, à la définition du droit.

II

On ne peut donc se dispenser de l'aborder. Les compilateurs des *Institutes* s'y résignent[2] moyennant un petit discours sur la méthode adressé aux étudiants de Byzance, à qui leur manuel est destiné[3] : que n'ont-ils, en cette occasion, fait application immédiate des éminentes qualités juridiques recommandées à leurs élèves !

Approchons. Épelons le texte : *jus est...* ? Mais non. La tournure de la phrase change, ce qu'il n'y a pas de moins remarquable : car tandis que pour la justice et la jurisprudence les Triboniens, après Ulpien, écrivaient : *justitia est...*, *jurisprudentia est...*, maintenant, ils n'osent pas écrire : *jus est...*, et, au lieu d'une définition, nous offrent une énumération : l'énumération des « préceptes du droit » (*iuris praecepta*), présentés au nombre de trois[4].

On ne saurait trop insister, en logique pure, sur la grave faute de méthode qui consiste à substituer, à la définition d'une notion, l'énumération des divers éléments qui entrent dans sa composition. Les

---

1. Accarias, p. 1 et note 2.
2. *Inst.*, *h. t.*, § 2.
3. *Inst.*, *h. t.*, § 3.
4. *Juris praecepta sunt haec : honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.*

professeurs de l'enseignement secondaire combattent de bonne heure, avec raison, chez les collégiens, cette tendance un peu paresseuse, mais naturelle à l'esprit de l'homme, qui est de se borner à décrire là où l'on réclame une définition. La définition devant fournir la *substance*, l'élément principal doit donc en être un *substantif*. Toute proposition descriptive débutant par « lorsque » ou « quand », ou encore une série d'infinitifs alignés comme dans nos textes, ne peuvent pas valablement tenir lieu de définition. Nous aurons maintes fois à faire application de ces principes à propos de nos recherches sur le terrain du droit français.

Et maintenant, abordons l'énumération que nous proposent les *Institutes* : quoique imparfaite, voyons quel bénéfice l'analyse ou le raisonnement peuvent en retirer encore aujourd'hui.

Honeste vivere — alterum non lædere — suum cuique tribuere, ces trois « formules devenues proverbiales[1] », la dernière surtout, résument-elles le *droit* tout entier ? elles résument avant tout la *morale*, et, de même que la définition de la science du droit englobant à la fois les choses divines et humaines, « leur principal mérite reste peut-être de nous rappeler au prix de quels tâtonnements les Romains eux-mêmes sont parvenus à la notion scientifique d'un droit indépendant de la religion et distinct de la morale[2] ». Essayer, sur le terrain des idées romaines, ainsi que les anciens commentateurs, no-

1. Girard, *op. laud.*, p 2.
2. *Id. ibid.*

tamment Ortolan[1] et Accarias[2], de restreindre la portée de ces maximes pour leur donner un contenu plus proprement juridique, c'est manifestement, comme l'écrit notre cher maître, M. P.-F. Girard, « leur attribuer une valeur qu'elles n'ont pas[3] ».

Ceci posé au point de vue historique, il nous paraît intéressant d'analyser ces principes en soi, abstraction faite du sens exact que les Romains ont pu y attacher[4]. Car il est arrivé maintes fois que certains de ces brocards latins, descendant le cours des âges comme des troncs abandonnés au fil de l'eau, et perdant leur signification primitive, en viennent à vivre d'une vie propre, nouvelle, incarnant les idées de civilisations pour lesquelles ils ne furent point émis, mais auxquelles leur brièveté lapidaire fournit la formule même qui était précisément recherchée. Ces trois sentences accolées, ou l'une quelconque d'entre elles isolée des autres, ne pourraient-elles pas, de nos jours, détachées de leur sens primitif, quel qu'il fût, être examinées en elles-mêmes, avec le sens moderne que nos conceptions actuelles seraient susceptibles de découvrir dans les mots dont elles sont composées, et nous apporter, en tout ou partie, les éléments d'une définition[5] ?

---

1. *Explication historique des « Instituts » de l'empereur Justinien*, 2e éd. 1883, t. I, n° 16, p. 20 et s.

2. *Op. cit.*, n° 2, pp. 4-5.

3. Girard, *op. laud.*, p. 2.

4. V. à ce sujet la réflexion de Kant, utilisant précisément le texte d'Ulpien comme cadre de division de sa *Doctrine du droit* (*Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit*, Éd. acad. Berlin, 1907, t. VI, p. 236, lignes 20 et s, et traduction française de Barni, 1854, p. 53).

5. On se rendra compte de l'attrait que présentent encore, pour certains esprits, les définitions romaines des *Institutes* en se re-

1° La première d'entre elles, justement, nous met en présence d'une de ces expressions dont la signification a évolué presque à chaque siècle. Vivre « honnêtement », être et demeurer « honnête » pendant toute la durée de l'existence, il n'est personne qui ne sache aujourd'hui ce qu'il faut entendre par là. Lorsque, dans le plus humble village de France, le vieux paysan, parvenu au terme de son temps, adresse à ses enfants groupés autour de lui cette suprême recommandation, nul d'entre eux ne pourrait s'y méprendre : restez fidèles à la parole donnée et évitez, par votre faute, d'avoir maille à partir avec la justice, voilà, sans aucun doute possible, ce qu'a voulu dire le père mourant. Était-ce une leçon de ce genre qui se dégageait de la pensée romaine? il serait réellement téméraire de l'affirmer[1]. Car quand on aperçoit d'une part, sous le règne de Charles IX, Pierre de Bourdeille qualifiant de « belle et honneste » les héroïnes dont il nous conte si gaillardement les exploits, puis, d'autre part, Alexandre Dumas fils usant des termes identiques, « belle et honnête »

---

portant au récent ouvrage d'un des plus hauts magistrats français, M. Fabreguettes, conseiller à la Cour de cassation (*la Logique et l'Art de juger*, 1914). On y lit notamment (p. 5) : « Le glaive » et les « tables de la loi », « Thémis », et ses balances, sculptés en relief au fronton de nos Palais ; le tableau de Prudhon : *la Justice poursuivant le crime*, ne sont que de faibles symboles. — Combien je leur préfère ces maximes qui devraient être gravées sur le marbre, à l'entrée des prétoires ou dans les salles d'audience : *Justitia est*... etc. » (suivent toutes les définitions des *Institutes* et du *Digeste*, ci-dessus).

1. Toutefois le sens attribué par Accarias, *op. cit.*, p. 1, note 4, au mot *honeste* paraît, de son côté, un peu trop catégorique. Ne voyons-nous pas, en ce moment, tous les jours, les plus étranges contre-sens dénaturer, par des équivalents inexacts, la signification des mots, dans la traduction des langues actuellement vivantes de nos alliés et de nos ennemis ?

pour exprimer le *summum* des vertus féminines, on reste véritablement confondu de la variété des aspects que peut, à trois cents ans de distance à peine, revêtir une même dénomination. Et il est bien certain aussi, de nos jours, que ce n'est pas, non plus, pour cet ensemble de qualités qui, sous le nom d' « honnêteté », distinguaient l'homme de bonne compagnie au grand siècle ou au temps de Voltaire[1], que le chef d'industrie recherche maintenant un « honnête homme » pour tenir la comptabilité de sa caisse, et le maître de maison, un serviteur à gages destiné à vivre sous son toit.

Adoptons donc le *honeste vivere* avec le sens que, fidèle miroir de nos mœurs, il reflèterait aujourd'hui : c'est un sens presque entièrement juridique. Évoquant l'individu dont le casier judiciaire est vierge, il fait apparaître à nos yeux le droit sous les espèces de l'élément le plus caractéristique que doive mentionner sa définition : celui de la condamnation, c'est-à-dire celui de la *sanction*. Et si cette définition ne peut pas ne comprendre que cela, elle doit, pour le moins, s'en munir : c'est tout ce que nous recherchions pour l'instant.

2° *Alterum non lædere*. « Ne nuis pas à autrui », ne lèse pas, ne moleste pas ton prochain. C'est le précepte de morale universelle, rappelé au début de cette étude. Aucun juriste tant soit peu sérieux ne contestera qu'il outrepasse les limites du droit[2].

1. Voir dans LITTRÉ, *Dict. de la langue française*, v° *Honnête, honnêteté*, les nombreux exemples tirés des auteurs du XVII° et du XVIII° siècle.

2. Il convient de noter cependant, encore ici, que, dans certains

Mais ce qu'il faut aussi faire ressortir, c'est que, conçu dans ces termes absolus, il va, d'une manière évidente, à l'encontre même du concept du droit.

Car il est une chose indéniable : par sa nature intime, par son essence, *le droit nuit à autrui* ; le droit moleste, le droit lèse, le droit asservit les corps et enchaîne les volontés. Quand, armé par le Code, le mari retient au foyer conjugal la compagne qui aspire à s'enfuir ; quand le père corrige ses enfants ; quand le créancier poursuit son débiteur, saisit ses meubles, et les met à l'encan ; quand Jacques-Bonhomme, propriétaire foncier, prive des biens naturel son voisin Jean-sans-Terre, et, montant la garde autour de son champ, en défend l'accès au roi lui-même : tous, femme, enfants, débiteur, voisins, passants, tous sont contraints, molestés, lésés, asservis et « enchaînés » : c'est le droit.

Pourtant, la loi romaine n'a pas menti. Si le mari peut retenir sa femme, il ne saurait l'injurier ou la battre, et il est obligé de l'entretenir ; le père peut châtier ses enfants, mais il est tenu de les élever et de les nourrir ; si le créancier peut saisir son débiteur, il ne peut le jeter à la rue, et doit subir terme et délai ; châteaux somptueux ou modestes chaumières sont soumis aux vues du voisin ; une bonne loi d'utilité publique expropriera le meunier Sans-Souci. Et

---

milieux judiciaires français, l'idée que « *le droit, c'est tout ce qui ne nuit pas à autrui* » est extrêmement répandue. Un avocat des plus écoutés, plaidant une question délicate, s'exprimait un jour en ces termes devant la 1re Chambre du tribunal civil de la Seine : « Messieurs, quand un point de droit m'embarrasse, j'ouvre le Code civil, à l'article 1382 : tout le droit y est contenu. » Il y a là une manière de voir par trop simpliste, et l'on ne saurait assez réagir contre de pareils raisonnements.

au père, au mari, au maître, au propriétaire, au créancier, à tous ces puissants du monde, qui donc parle ainsi ? c'est le droit.

Ainsi le droit endigue le droit, et le sens de notre brocard, pour autant que, quittant la morale, on nous le présente comme un texte juridique, c'est : ne fais pas à autrui *ce qui est défendu* ; ne nuis pas à ton prochain dans la mesure *où cela t'est interdit*[1].

« Ne fais pas ce que tu ne dois pas faire », cela revient, en somme au précepte négatif : c'est le principe d'autorité, sous la forme où il impose l'abstention. Une forme de commandement, un ordre négatif[2] : si profondément que l'on fouille, on ne trouvera rien à creuser au delà.

3° Reste le *Suum cuique :* rendre à chacun ce qui lui est dû, « à César ce qui est à César », dit la parabole du tribut. Ici, à nouveau, précepte de morale.

---

1. Cf. la définition de la science du droit donnée par VALETTE, *Cours de Code civil*, p. 1 : » La science des règles données à l'homme pour se diriger dans ses rapports avec ses semblables au *point de vue du juste et de l'injuste, C'EST-A-DIRE de manière à ne pas nuire à autrui.* »

2. Pour désigner la règle de conduite impérative, le précepte de commandement, un certain nombre de juristes contemporains ont adopté l'expression « la *norme* ». On dit alors : la *norme juridique*, la *norme positive* ou *négative*. — Cette expression empruntée à la technique allemande a été introduite chez nous par l'intermédiaire des auteurs suisses ou des traductions françaises des manuels allemands ou russes (V. notamment : ROGUIN, *la Règle de droit*, 1889, n°s 52 et s., p. 90 et s. ; — de MEULENAERE, traduction d'IHERING, *Zweck im Recht*, sous le titre, *l'Évolution du droit*, 1900, n° 145, p. 215 et n° 148 et s., p. 221 et s. ; TCHERNOFF, trad. de KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit*, 1re éd. 1903 ; 2e éd., 1914, p. 45 et s.). Les efforts tentés pour acclimater l'expression « la norme » dans notre langue juridique ne paraissent pas avoir obtenu un bien grand succès.

Mais, plus souvent encore que du précédent, on a fait de ce brocard la devise du droit.

A première vue, la formule semble heureuse. Elle évoque les princes justiciers, Salomon sur son trône, saint Louis sous son chêne, le duc Rollon interpellé par la clameur normande, tous faisant restituer son bien au pauvre hère dépossédé.

Et cependant, quelle perplexité !

Suum cuique, oui, c'est la formule de la justice distributive : mais où commence-t-elle, pour le juriste, et jusqu'où doit-elle aller exactement ?

Dans le décor rocheux de la Grèce primitive, près de Delphes, deux hommes, un vieux et un jeune, s'affrontent d'un air menaçant :

C'était dans un chemin qui se partage en trois[1].

Lequel cédera le pas ? Propos courroucés, invectives, lutte. Le jeune tue le vieux d'un coup de bâton, et voilà l'origine du plus grand drame de l'humanité, devant lequel, en 1917, « les hommes assemblés[2] » trouvent encore des pleurs ! Mais pour trancher cette querelle de préséance, quel eût été le tribunal compétent, le juge de la terre ou celui des enfers ? — Aux repas fameux chantés par Homère, « les convives étendent les mains et prennent les mets placés devant eux », en sorte que « nul *en son cœur* (*thumos*) ne put se plaindre de n'avoir pas eu une *juste part* des mets[3] ». Pourquoi « en son cœur » ? Le convive déçu n'aurait-il pu recourir, contentieu-

1. Sophocle, *Œdipe roi*, vers 716, trad. en vers de Jules Lacroix.
2. Jules Lemaitre, *la Bonne Hélène*, scène finale.
3. V. notamment *Iliade*, chant I, vers 468.

sement, devant le Roi des rois ? — Dans nos dîners de cérémonie, un protocole diplomatique ou mondain fixe, pour les couverts, la place d'un chacun : l'hôte négligé, placé « en bout de table », ira-t-il demander, pour préjudice moral, 1 franc d'indemnité, avec des insertions ? — Et les convenances, les visites, les saluts et autres politesses [1], que d'occasions, grandes et petites, d'infraction au *cuique suum !* elles alimentent la chronique locale, à Paris et surtout en province ; mais quand les juges de paix en connaissent-ils ?

On le voit, la troisième maxime, pour mériter de figurer au nombre des JURIS *præcepta* comporte, elle aussi, un amendement nécessaire. Cet amendement sera toujours le même : JUS *suum cuique tribuere*, disait déjà la définition de la justice. Rendre à chacnn ce qui lui est dû, en droit, cela équivaut à dire : accomplis envers autrui *ce qui est prescrit ;* empresse-toi au service de ton prochain dans la mesure où *cela t'est imposé*. C'est l'inverse du précepte précédent, qui constituait le précepte négatif. Et de même que nous traduisions tout à l'heure le *alterum non lædere* par la règle : « Ne fais pas ce que tu ne dois pas faire », le *suum cuique* nous apparaît sous les espèces de l'injonction diamétralement contraire : « Agis ainsi que tu y es obligé. » C'est le principe d'autorité, sous la forme où il commande, non plus l'abstention, mais l'action — l'ordre juridique positif [2].

---

1. Cf. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 2, note 1 (2e éd. 1904).

2. La « norme » positive, comme disent certains juristes contemporains (V. la note 2, p. 19 *suprà*).

Résumons. L'énumération des *Institutes* n'est pas une définition. Mais elle en fournit les éléments, si l'on consent à s'attacher aux mots eux-mêmes, sans se préoccuper de leur sens primitif. Nous y trouvons le droit parlant à l'homme en maître, réclamant des actes, édictant des abstentions, sous la sanction de condamnations affligeantes et redoutées des honnêtes gens. Le droit, ce sera *ce qu'il est permis de faire et de ne pas faire, sans encourir ces condamnations*[1]. Que manquerait-il donc à cette formule pour que la définition fût complète ? C'est ce que nous allons voir en drcit français.

III

Mais il est, malgré tout, impossible de quitter le terrain du droit romain sans mentionner encore un passage du *Digeste*, non repris par les *Institutes*, où se rencontre une vraie définition du droit, une définition directe, précise, débutant rigoureusement comme il convient : *jus est*... C'est une définition de Celse, qu'Ulpien reproduit et fait sienne, en l'admirant[2] : « *nam ut eleganter Celsus definit, jus est ars boni et æqui.* »

Ars boni et æqui, « l'art de ce qui est bon et équitable ; or, un art n'est qu'une collection, un ensemble de règles : le droit, *jus*, est donc l'ensemble des

1. La « norme » et la « contrainte », dit Ihering dans sa définition « formelle » (V. *infrà*, p. 103), sont les deux éléments constitutifs de la définition du droit.

2. *Dig.*, fr. 1 pr., *de just. et jur.* C'est le premier texte des *Pandectes*.

règles qui déterminent ce qui est bon et équitable ». C'est en ces termes qu'Ortolan[1] explique la définition de Celse. Mais pour la commenter, même succinctement, il faut procéder par division.

L'expression « *bonum et æquum* » nous apparaît avec une signification technique spéciale dans le langage de la procédure romaine. On la retrouve dans un certain nombre d'actions où, sous la procédure formulaire, la formule prescrivait au juge de condamner à *quantam pecuniam* BONUM ÆQUUM *videbitur* (action d'injures) ou à *quod* ÆQUIUS MELIUS *erit* (action *rei uxoriae*). Les actions rentrant dans cette catégorie étaient dites *in æquum et bonum conceptae*[2]. D'autre part, nous voyons les romanistes qualifier d'appréciation *ex æquo et bono* l'appréciation qui constitue le propre de l'*arbitrium* ou de l'*arbitratus* du *judex* dans les actions dites « arbitraires »[3].

En second lieu, Celse emploie le mot *ars :* convient-il de le traduire par « art » ?

On oppose, de nos jours, l'art à la science, et c'est un grave problème de logique juridique que de déterminer, dans le droit, la part de l'un et de l'autre[4]. Faut-il, comme les commentateurs, critiquer les jurisconsultes romains d'avoir confondu les deux choses[5] ? Nous serions plutôt tenté de croire que, sous cette dénomination énigmatique, Celse et Ulpien visaient l'une des opérations de l'esprit

1. ORTOLAN, *op. cit.*, p. 18.
2. GIRARD, *op. laud.*, pp. 955, 956, et p. 1021, n. 3.
3. *Id.*, *ibid.*, p. 1023.
4. V. GÉNY, *Science et technique*, I, pp. 70-71 et les réf. cit.
5. ORTOLAN, *Histoire de la législation romaine et généralisation du droit romain*, 12e éd., 1884, p. 550.

que nécessite le métier du juriste, et qui, les modernes le reconnaissent, relève, sans conteste, de l'art : il s'agit de ce dosage subtil de l'utilité et de l'équité, des notions de l'utile et du juste, qui, jointes aux données positives qui se dégagent des textes écrits, forment la base de ce que nous appelons aujourd'hui « la méthode d'interprétation[1] ». Les Romains, qui étaient des « casuistes », excellaient à cette sorte de mélange, qu'ils pratiquaient avec un art véritable et consommé.

Des observations qui précèdent, il semble résulter, en tous cas, que la définition de Celse visait surtout le droit appliqué, c'est-à-dire le droit envisagé dans sa mise en œuvre pratique par les juges et les Prudents, ce qui n'est qu'un fragment de son domaine. Cette vision particulière ne pouvait guère conduire qu'à une définition partielle, et, par conséquent, insuffisante. Ce n'est pas apparemment pour un motif de ce genre que les *Institutes* de Justinien, si mal en règle avec la logique sur le chapitre des définitions, ne l'ont pas recueillie avec les autres[2]. Mais c'est la raison pour laquelle, au contraire, elle nous est de peu de profit. Enregistrons-en le souvenir[3] et sa-

---

1. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899. — Demogue, *op. laud.*, IIe partie. Cf. notre *Programme précité*, pp. 838 à 841. — V. aussi Charmont, *l'Esprit juriste* (*le droit et l'esprit démocratique*, 1908, p. 175).

2. Peut-être est-ce tout simplement parce que les mots *ex æquo et bono*, définissant la mission du juge, semblaient en connexion étroite avec le système de la procédure formulaire, disparu dès l'époque de Dioclétien.

3. Ce souvenir s'est encore perpétué dans le langage spécial du Palais ; quand l'avocat demande au tribunal de statuer *ex æquo et bono*, on entend qu'il quitte le terrain des textes et des pièces, pour en appeler exclusivement à l'équité des magistrats.

luons sa bonne intention : abordant maintenant la question telle qu'elle se présente à notre époque, avec toutes les difficultés qu'elle comporte, nous n'en apprécierons que mieux combien, tenté il y a si longtemps, un pareil effort de nos anciens était déjà, en somme, méritoire.

CHAPITRE II

LA DÉFINITION DU DROIT, COROLLAIRE DE LA DÉFINITION DE LA LOI

(ÉCOLE DES COMMENTATEURS DU CODE CIVIL)

Relativement à la définition du droit, les auteurs français du dix-neuvième siècle et du commencement du vingtième peuvent être répartis en trois catégories.

Les uns partent, avant tout, de la notion de *loi* : la notion de *droit* n'est alors présentée qu'accolée à la première, juxtaposée, subordonnée, superposée ou confondue avec elle.

D'autres, se plaçant d'emblée en face de la notion de droit, énumèrent les principaux aspects sous lesquels cette notion peut être envisagée : à chacun de ces aspects correspond une définition spéciale. C'est le procédé des *définitions multiples*, qui domine actuellement dans l'enseignement de nos Facultés.

Dans quelques rares ouvrages, enfin, nous trouvons une *définition unique* visant à englober tous les aspects du droit.

C'est de la première catégorie que nous allons d'abord avoir à nous occuper. Elle fera l'objet du présent chapitre.

I

Les jurisconsultes susceptibles d'être classés dans cette première catégorie appartiennent tous à la pléiade d'écrivains que l'on a appelés, à juste titre, l' « école des commentateurs du Code civil ». Leur autorité a prévalu, sans conteste, pendant les trois premiers quarts du dix-neuvième siècle. Pour nous borner aux plus illustres ou aux plus répandus, nous citerons ici Toullier, Marcadé, Demante, Demolombe, Massé et Vergé, Laurent, et les fameuses *Répétitions écrites* de Mourlon, si populaire parmi les étudiants d'alors.

La méthode consistant à envisager, avant tout, la loi, n'a rien qui puisse surprendre beaucoup de la part d'une phalange d'hommes si proches des acteurs de la Révolution et des juristes de l'Empire. Les premiers leur avaient transmis en héritage la religieuse vénération des « loix » : l'ardent appel aux législateurs, la pensée profonde d'un Montesquieu, l'aspiration vers l'ordre idéal qui avaient empli le dix-huitième siècle semblaient s'y trouver exaucés. Mais en outre, ces lois si attendues, elles venaient de surgir aux regards sous les dehors les plus majestueux qu'on ait connus depuis Justinien : ceux de la codification nouvelle, et surtout du Code Napoléon. Comment s'étonnerait-on, dès lors, de rencontrer, au début de ces ouvrages, bien plus une définition de la loi qu'une définition du droit, quand lesdits ouvrages s'intitulent, suivant l'usage d'alors, *Expli-*

cation théorique et pratique du Code Napoléon comme celui de Marcadé, *Cours de Code Napoléon* comme celui de Demolombe, *Cours analytique du Code civil* comme celui de Demante et Colmet de Santerre?

Le premier en date, Toullier, dont le Traité entrepris en 1811, continué par Duvergier et Troplong, porte pourtant le titre de « DROIT CIVIL *suivant l'ordre du Code* », est celui qui semble avoir inauguré la méthode en question[1].

Il débute par la définition suivante (sous la rubrique : Des lois et du droit en général) : « La jurisprudence est la science *des lois*[2]. » Puis viennent diverses définitions des lois, de *la* loi ; puis celle de la justice, représentée comme la « conformité de nos actions et de nos volontés *à la loi* ». Et ce n'est qu'au n° 11 de cette section 1re, consacrée au titre préliminaire du Code, que nous arrivons (p. 13 de la 5e édition), au passage réservé au droit : « Le mot droit *si fréquemment employé par les jurisconsultes*, vient du mot latin *directum*. Il a diverses acceptions. » Suivent alors diverses définitions : 1° du droit considéré comme science ; 2° du droit considéré comme *s'identifiant avec la loi* elle-même ; 3° du droit considéré comme s'identifiant avec *une collection ou ensemble de lois* ; 3° du droit considéré comme s'iden-

1. On trouve aussi chez Toullier le germe du procédé des définitions multiples qui se substituera complètement à la première méthode, quand la définition du droit s'affranchira de toute sujétion vis-à-vis de celle de la loi.

2. Voir les propositions qui suivent, où Toullier définit l'art de la science et reproduit la définition présentant la « jurisprudence » comme un art, dans le sens analogue à celui que nous avons attaché à la définition du droit de Celse (V. ci-dessus, p. 24).

tifiant avec les diverses facultés accordées ou régies *par la loi.*

On saisit donc chez Toullier le procédé qui va gouverner désormais le commentaire du Code civil. Nous allons le retrouver reproduit, à peu de différence près, chez ses principaux successeurs.

« Qu'est-ce que le droit ? » se demande Marcadé [1].

— « C'est l'ensemble, ou plutôt le résultat général *des dispositions des lois* auxquelles l'homme se trouve soumis avec la faculté pour lui de les suivre ou de les violer. Or ces lois sont des règles de conduite posées par une autorité compétente : en sorte que ce qui est conforme *à la loi* est bien, tandis que ce qui s'en écarte est mal. Donc, quand on considère le droit comme objet d'étude, on doit le définir : l'art de distinguer le juste de l'injuste, de discerner le bien du mal. »

Dans cette définition, on le voit, Marcadé semble subordonner entièrement le droit à la loi. Puis [2] il propose une seconde définition du droit, pris dans le sens où ce dernier procure des bénéfices ou facultés : mais si « ce n'est plus le résultat général *des lois* » c'en est, tout de même, « une conséquence particulière et plus éloignée [3] ».

Demante [4] examine et traite la question sous une

---

1. *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 6e éd. (Paul Pont), 1869, t. I. Introduction, p. xxv, n° 1 et s.

2. Voir les propositions qui suivent, où Marcadé soutient que le droit, considéré comme objet d'étude, est un art et non pas une science.

3. *Id.*, *ibid.*, n° 4.

4. Demante et Colmet de Santerre. *Cours analytique du Code civil*, t. I.

rubrique plus prometteuse : « Introduction, I titre unique : du droit en général et du droit français en particulier. Chapitre 1er : du droit en général. »

Mais voici comment il débute :

« L'idée de droit *est essentiellement liée à celle de loi*. La loi, au point de vue moral sous lequel nous avons exclusivement à l'envisager, est une règle établie par une volonté supérieure pour diriger les actions humaines. La *conformité à la loi* peut s'exprimer par l'adjectif *droit*, qui devient alors synonyme de juste. La recherche de ce qui est droit, c'est-à-dire de ce qui est juste, devient un objet d'étude, une science qui prend elle-même le nom de droit, et que l'on peut définir : l'art[1] de connaître et d'appliquer la loi ou, plus brièvement, l'art de distinguer le juste de l'injuste. »

Demolombe, enfin, toujours au même point de vue, n'est pas moins instructif.

Son chapitre Ier est intitulé : « du droit et des lois ». Mais le sommaire qui figure sous cet intitulé renverse l'ordre : « § 1, de la loi et du droit ».

Le renommé jurisconsulte s'exprime alors ainsi :

« La *loi* est une règle établie par l'autorité qui, d'après la Constitution politique, a le pouvoir de commander, de défendre ou de permettre, dans toute l'étendue de l'État. La loi véritable et proprement dite, la loi qui fait l'objet de nos études comme jurisconsultes est donc une règle sanctionnée par la puissance publique, une règle civilement et juridi-

---

1. V. la critique de cette définition dans la 6e éd. de Marcadé et P. Pont, *loc. cit. suprà*, p. xxvi, note 1.

quement obligatoire. — *Le droit est le résultat, ou bien l'ensemble de ces règles*[1]. »

Et c'est tout. Sans doute, quelques pages plus loin, Demolombe établit la distinction entre le droit positif et le droit naturel, et s'étend sur leur comparaison avec son abondance coutumière ; mais sa définition générale reste posée telle que nous venons de la transcrire, c'est-à-dire, on le voit, « en fonction » de celle de la loi.

II

Nous pourrions multiplier les citations de ce genre[3]. Nous pensons que les précédentes suffisent pour caractériser la première catégorie que nous avons voulu établir. Et si nous croyons maintenant, pour clore ce chapitre, devoir reproduire deux passages empruntés à deux ouvrages inspirés de la même doctrine, c'est pour montrer à quels résultats cette dernière doit conduire logiquement : la *suppression de toute définition du droit.*

Voici en effet ce que nous lisons dans l'édition dans laquelle Massé et Vergé avaient commis l'erreur regrettable (pour ne pas dire plus) de détruire le plan de Zachariæ (le maître et modèle d'Aubry et Rau) pour rétablir dans ce mémorable ouvrage l'ordre

---

1. *Cours du Code Napoléon*, t. I, n° 2.
2. *Idem*, n°s 6 et 8.
3. V. notamment dans *les Répétitions écrites sur le Code Napoléon* de Mourlon, auxquelles nous faisions allusion plus haut, p. 27, le développement, assez confus d'ailleurs, de toutes les définitions ainsi présentées dans les Traités, en procédant suivant la même méthode : d'abord la loi, ensuite le droit.

des matières, plus classique, mais moins rationnel adopté par le Code civil [1].

« Le droit [dans le sens qui lui sera habituellement donné dans cet ouvrage] [2] est l'*ensemble des lois* [3] à l'observation desquelles l'homme peut être contraint par une force extérieure ou physique.

« [Cette définition n'embrasse pas le droit dans ses rapports les plus étendus, mais seulement dans ses rapports avec les lois. Le droit, en effet, a des acceptions diverses et des aspects multiples : on peut lui faire comprendre les choses divines et humaines, le for intérieur et le for extérieur; on peut le considérer sous un aspect relativement moins étendu, en le renfermant dans le cercle des affaires et des intérêts de ce monde. De là vient le nombre et la variété des définitions qu'ont essayées les jurisconsultes et les moralistes; de là viennent aussi les critiques : on définit à un point de vue, on critique

---

1. Massé et Vergé, *le Droit civil français*, par K. S. Zachariæ, traduit de l'allemand sur la 5e édition, *annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon*, 1854, t. I, p. 3. Voir dans la préface d'Aubry et Rau, 3e éd., p. x, le jugement porté par ceux-ci sur cette manière de « démolir » l'œuvre de Zachariæ.

2. Les passages entre crochets ne sont pas de Zachariæ, mais de Massé et Vergé.

3. *Traditore*, *traditore*. On ne saurait dire, à proprement parler, que la traduction, par ces derniers mots, du passage correspondant de Zachariæ soit absolument inexacte, mais il y a doute (v. *infrà*, p. 55 et note 1). En tous cas il est manifeste que Massé et Vergé ont forcé, dans l'ensemble, la pensée de Zachariae : la preuve s'en trouve dans la traduction des rubriques. La définition du droit figure au Manuel de Zachariæ sous une rubrique intitulée : De la science du droit en général (*von der Rechtswissenschaft in allgemeinen*) ; Massé et Vergé remplacent ce titre par cet autre : Définition du droit, *des lois* et de la jurisprudence. Et l'on goûtera peu le procédé consistant à restreindre, par les mots mis entre crochets visés par la note ci-dessus, la portée d'une définition du droit que Zachariæ concevait comme une définition absolument générale (cf. *infrà*, p. 54 et s.).

à un autre. *Le droit, au surplus, est peut-être du nombre des choses qui se comprennent mieux qu'elles ne se définissent.* Il n'est pas, même parmi les moins lettrés, qui ne se rendent parfaitement compte de ce que c'est que le droit, et dans l'esprit de qui ce mot ne réveille l'idée de ce qu'on peut et de ce qu'on doit, non pas précisément selon les règles du for intérieur et de la conscience, mais surtout selon les règles d'action établies par une autorité à laquelle on est tenu d'obéir. Le droit est l'ensemble de ces règles d'action. Chacune de ces règles d'action est une loi.] »

Laissons de côté, pour l'instant, les premières phrases de ce paragraphe : nous aurons l'occasion de revenir sur la définition de Zachariæ, en examinant le parti, infiniment supérieur à celui de Massé et Vergé, qu'ont su en tirer Aubry et Rau [1]. Ne retenons que le passage (souligné par nous en italique) où il est suggéré que le droit, en somme, est une notion qui pourrait parfaitement se passer de définition : il était réservé à Laurent, dont l'interprétation stricte, presque servile, à l'endroit de tout ce qui est texte constitue l'originalité, d'aborder ses *Principes du droit civil français* (33 volumes) en omettant toute définition, voire toute tentative même de définition du droit.

Comme Toullier, Marcadé, Demante et Demolombe, Laurent part de la notion de la loi [2], ce qui, chez lui, se comprend encore plus que chez tout autre. Il

1. *Infrà*, p. 53 et s.
2. *Principes de droit civil français*, t. I, § 1er, n° 2

observe d'ailleurs, en l'approuvant, « que le Code ne définit pas la loi : c'est un point de doctrine que le législateur abandonne à l'école ». Puis il ajoute[1] : « Il ne faut pas confondre la loi avec le droit. »

Ici, le lecteur s'arrête. On attend la définition, qui ne vient pas. Et pourtant, il est remarquable d'observer que Laurent n'était pas, lui non plus, éloigné de la formule exacte dans laquelle on peut essayer de couler cette définition : « L'*objet du droit*, dit-il, est identique à celui de la loi, c'est d'établir des règles obligatoires pour les individus et les nations. On dit que les règles juridiques sont obligatoires en ce sens qu'elles sont susceptibles d'exécution forcée. En cela elles diffèrent des règles morales qui excluent la contrainte. Les devoirs que la morale prescrit n'ont aucun effet en droit : ils n'ont d'autre sanction que la conscience[2] ». Mais cela ne nous dit pas ce qu'est le droit.

Laurent ajoute d'ailleurs, en termes particulièrement élevés : « Le droit est *antérieur à la loi*; il est fondé sur la nature de l'homme et des sociétés civiles. Il faut nier que l'homme soit un être spirituel pour nier l'existence d'un droit indépendant de la loi... Il y a un droit éternel, expression de la justice absolue. Ce droit se révèle à la conscience humaine, à mesure que l'homme approche de la perfection divine. Le droit est progressif, comme toutes les manifestations de l'esprit humain. Il tend sans cesse à réaliser la vérité absolue... ». Toutes ces choses

---

1. *Id.*, *ibid.*, n° 3.
2. *Id.*, *ibid.*, n°s 4 et 5.

sont belles et bonnes à lire. Dans ce passage, comme dans le précédent, il y a, pour la définition du droit, des éléments utiles, dignes d'être mis à contribution. Toutefois ce n'est pas à l' « école des commentateurs du Code civil », trop admirativement penchée sur les textes napoléoniens, qu'il pouvait appartenir, avec la largeur de cadre qu'une pareille tentative présuppose, de doter de cette définition notre littérature juridique française.

CHAPITRE III

LES DÉFINITIONS MULTIPLES

(PROCÉDÉ PÉDAGOGIQUE ACTUEL)

C'est à des juristes de la plus pure lignée, tels que Valette et Charles Beudant, — ceux-là mêmes dont les méthodes sûres et fécondes, par le relief donné aux principes dans l'analyse [1], ont commencé à frayer à notre droit civil français, délivré d'un trop strict asservissement au Code, les voies d'une émancipation dont les suites devaient être si heureuses, — que nous sommes redevables d'une disposition nouvelle dans la manière de présenter la définition, ou plutôt les *multiples* définitions du droit ; multiplicité qui, nous l'avons dit, constitue la caractéristique de notre deuxième groupe d'auteurs [2].

---

1. Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, publié par Robert Beudant, Introduction, titre préliminaire, n° 2, p. 2.

2. Nous considérons implicitement comme rentrant dans cette catégorie les auteurs qui ne formulent qu'une définition du droit mais en se plaçant, de propos délibéré, en présence d'un seul des aspects du droit, du droit positif notamment. V. par exemple P. F. Girard, *op. laud*, p. 1. — V. aussi la définition de M. Michoud, inspirée d'Ihering, et visant exclusivement le droit « subjectif » (*la Théorie de la personnalité morale*, 1906, t. I, p. 105).

Valette, dans le petit volume, véritable chef-d'œuvre, où il avait, en 1872, reproduit avec un soin unique les éléments de son cours de droit civil pour la première année de la licence, se dégage entièrement de la notion de la loi, et s'attache d'emblée à celle du droit, dès son entrée en matière[1].

Charles Beudant, dans sa magistrale *Introduction à l'étude du droit* dont le titre seul était un manifeste [2], rompait déjà nettement en visière avec certains errements anciens, au premier chapitre de son livre (Notions générales) dans le paragraphe 1er intitulé « la loi et le droit ». Voici en effet ce qu'écrivait le regretté professeur-doyen de la Faculté de Paris : « La loi, considérée comme moyen de discipline sociale, ne vaut pas mieux que la force, quand elle n'est elle-même que l'expression de force ; c'est qu'elle a, elle aussi, ses lois, en dehors desquelles elle ne vaut pas mieux que les dangers qu'elle est destinée à conjurer... Elles (ces dernières) forment le droit, au sens le plus élevé que la pensée puisse concevoir : l'idéal qui trace et éclaire la route dans laquelle le législateur doit marcher... Dès lors, entre le droit et la loi, si on tient compte des progrès de la pensée humaine, il y a toute la différence qui sépare l'idée de l'expression plus ou moins heureuse qui la traduit, le but du moyen proposé pour l'atteindre, le principe des tentatives d'application. La loi n'est pas le droit, elle n'en est que la manifestation accidentelle, que l'expression temporaire ou lo-

1. *Cours de Code Civil professé à la Faculté de Droit de Paris*. T. I, 1re année, 1872, Introduction, page 1.
2. *Le Droit individuel et l'Etat*, 1891.

cale, que l'instrument en quelque sorte ; le droit n'est pas la loi, il est la source des lois[1]. »

Ainsi Beudant restituait-il à la notion du droit, par rapport à celle de la loi, une suprématie déjà reconnue d'ailleurs par Laurent. Mais ce n'était pas, comme ses devanciers, pour lier indissolublement entre elles leurs définitions accollées, en les appuyant l'une par l'autre : Beudant nous montre en effet, d'autre part, dans quel état d'esprit l'entreprise de définir doit être entamée dans les sciences morales en général, et, en particulier, dans le droit. Au début de son enseignement de première année[2], Beudant avait coutume de présenter la définition de quatre mots : « Ces définitions, disait-il, vont se référer à quatre termes usuels, souvent pris les uns pour les autres, qui correspondent cependant à *des notions distinctes* : les mots *loi*, *jurisprudence*, *droit*, *législation*. Non seulement ces mots, qui vont revenir à chaque instant dans la suite, ont chacun un sens propre, mais, par suite de déviations du langage, ils peuvent être pris chacun dans plusieurs acceptions, soit qu'on les emploie seuls, soit qu'on y ajoute comme c'est l'usage, des épithètes qualificatives. En préciser les acceptions directes et les acceptions détournées, n'est donc pas seulement une question de mots : c'est le seul moyen d'isoler des notions *qui sont différentes et doivent rester distinctes.* »

Tels sont les modes de procéder par lesquels Va-

1. *Le Droit individuel et l'État*, 2e éd., p. 12 et n° 7, p. 13.
2. *Cours de droit civil français*, Introduction (titre préliminaire), n° 3, p. 2 et 4. Cf. *Le Droit individuel*, 2e éd., n° 9, p. 16 et 17.

lette et Beudant ont affranchi la définition du droit. Le premier l'aborde directement, sous les divers aspects qu'elle offre. Le second, par besoin de clarté, met encore en parallèle les définitions des principales notions courantes, parmi lesquelles celles du droit et de la loi ; mais il prend ouvertement la précaution de les isoler entre elles. Le vieux lien qui les retenait est rompu. Les successeurs de Valette et de Beudant ont le champ libre. Nous allons les voir désormais, derrière les deux maîtres, aborder directement la notion de droit, et, comme ceux-ci, en fournir des définitions multiples.

I

Il n'est pas dans notre intention de mettre sous les yeux du lecteur la série de définitions que l'on trouve actuellement dans les ouvrages parus au cours de ces dernières années. Ces ouvrages ont aujourd'hui leur place dans toutes les bibliothèques. De livres si justement estimés pour leur haute valeur scientifique, ce que nous voudrions surtout retenir, c'est l'énumération *des principaux aspects* sous lesquels ils présentent le droit. Ainsi apparaîtra en pleine lumière l'effort d'abstraction et de généralisation exigé par la définition unique, qui est le but de notre recherche. Et nous ne noterons les formules au passage que là où elles paraissent présenter pour nous des éléments d'utilité, matériaux susceptibles d'être mis à contribution dans ce véritable travail d'architecture que va nécessiter, nous le verrons, la définition recherchée.

Dans les premières pages de son *Cours*, Valette envisageait le droit, en premier lieu, comme science, et en fournissait une définition inspirée, nous l'avons vu, du *alterum non lædere* des *Institutes*[1]. Après quoi il définissait successivement le droit naturel, le droit positif[2], et enfin un quatrième sens du mot droit (ce que l'on appellera aujourd'hui le droit « subjectif ») : la faculté qui appartient à une personne d'invoquer une certaine règle, dans un cas donné, et d'en tirer un bénéfice[3].

Beudant, qui rappelle à cette occasion les sept ou huit acceptions du mot droit autrefois relevées par Oudot[4], en indique trois : 1° facultés ou prérogatives individuelles (le quatrième sens relevé par Valette); 2° « l'ensemble des prescriptions et des règles auxquelles les hommes vivant ensemble dans une société civile sont soumis, de telle manière qu'ils puissent être contraints à les observer », sens dans lequel « quelquefois aussi, pour éviter toute méprise, on l'appelle droit positif » ; 3° « l'idéal de justice, la source des lois humaines, le but final où doit tendre le droit positif... Au droit ainsi envisagé,

---

1. V. la définition de Valette rapportée ci-dessus à propos du droit romain, p. 19, note 1.

2. C'est « l'ensemble des règles établies dans chaque société par l'autorité publique et dont l'observation est garantie par elle. » *Op. cit.*, n° 3.

3. *Ibid.*, n° 4.

4. *Conscience et science du devoir*, 1856, I, pp. 12-13, II, n° 402, p. 17. Les distinctions établies par cet auteur sont assez subtiles et se rapportent surtout à son système philosophique. C'est plutôt à Eschbach (*Introduction générale à l'étude du droit*. 1re éd., 1843, 3e éd. 1856, n° 4, « acceptions diverses du mot droit ») que se rattache le procédé des définitions multiples qui domine aujourd'hui la doctrine.

afin d'éviter toute méprise, on donne souvent la qualification de droit naturel [1]. »

Tels sont les deux précédents dont s'inspirent les civilistes du vingtième siècle, que nous allons maintenant analyser dans l'ordre chronologique : le *Précis de droit civil* de M. Baudry-Lacantinerie, le *Traité élémentaire de droit civil* de M. Planiol, les *Éléments d'un cours de droit civil français* de M. Surville, le *Cours élémentaire de droit civil français* de MM. Ambroise Colin et Capitant.

Lors des premières éditions du *Précis* bien connu [2] qui détrôna le Manuel de Mourlon dans la faveur des étudiants, M. Baudry-Lacantinerie débutait par une *définition unique* du droit, — dont il déduisait ensuite, par voie de distinction, les deux aspects principaux du droit : droit positif et droit naturel.

La formule proposée était la suivante : « *Le droit est l'ensemble des préceptes réglant la conduite de l'homme envers ses semblables, et dont il est possible, en même temps que juste et utile, d'assurer l'observation par voie de contrainte extérieure.* »

Voilà la définition. Et voici ensuite, *en seconde ligne*, la double distinction classique : « A l'état de conception idéale, à l'état latent, si l'on peut ainsi parler, ces préceptes constituent le droit *naturel*.. Traduits plus ou moins heureusement en formules

---

1. *Le droit individuel et l'État*, nos 13 à 15, 2e éd., pp. 21 à 26 ; *Cours de droit civil*, Introduction, titre préliminaire n° 6, pp. 7 à 10.

2. *Précis de droit civil*, par G. Baudry-Lacantinerie, Doyen honoraire de la Faculté de droit de Bordeaux : actuellement 11e édition (1912-1914) avec la collaboration de G. Chéneaux, professeur de droit civil à la Faculté de droit de Bordeaux.

positives par l'autorité législative, ils forment le droit *positif*[1]. »

Pour quelles raisons MM. Baudry-Lacantinerie et Chéneaux ont-ils abandonné cette méthode ? Il serait curieux de le connaître, mais nos auteurs ne s'expliquent point sur ce changement. En tous cas, et quoi qu'il en soit des motifs qui ont dicté le remaniement, la dernière édition du *Précis* nous place en présence de *quatre définitions* successives, toutes présentées *sur le même plan*, savoir : 1° la formule ci-dessus, accompagnée de cet amendement : « le droit ainsi entendu est souvent qualifié de droit *objectif* » ; 2° les facultés ou prérogatives individuelles (droits *subjectifs*) ; 3° le droit *positif*; 4° le droit *naturel* ou *rationnel*[2].

Dans le vaste monument de doctrine et de jurisprudence, universellement répandu, que son auteur a trop modestement intitulé *Traité élémentaire*, et dont l'apparition, à l'aurore de ce siècle, eut, sur les destinées du droit civil, la valeur d'une révolution véritable[3], notre respecté maître M. Planiol fait, en ce qui concerne la définition du droit, œuvre de simplification, ce qui est le propre de la science :

« Les emplois très variés qu'a reçus le mot *droit* se ramènent à deux sens principaux. Dans son sens

---

1. V. notamment la 4e édition du *Précis*, 1891, n° 1 : Définition du droit, p. 1.
2. *Id.*, 11e édition précitée, 1912, n° 1, p. 1.
3. *Traité élémentaire de droit civil*, par M. Planiol, professeur de droit civil à la Faculté de droit de Paris. Le tome Ier de la 1re édition a été mis en vente le 2 octobre 1899. Actuellement 7e éd. en cours.

fondamental, le mot *droit* désigne *une faculté, reconnue à une personne par la loi, et qui lui permet d'accomplir des actes déterminés.* Tels sont : le *droit de propriété*... Dans un autre sens, le mot droit désigne *l'ensemble des lois*, c'est-à-dire les règles juridiques applicables aux actes des hommes. Ainsi on peut dire que les *droits* des individus sont déterminés par le *droit*. Dans cette phrase le mot droit est pris successivement dans les deux sens qui viennent d'être indiqués [1]. »

Après quoi M. Planiol expose ce qu'est la science du droit, sans aucunement y consacrer une définition spéciale : « La science du droit a pour objet le droit pris dans ses deux sens », écrit-il [2]. Retenons bien, encore ici, le procédé scientifique qui découle de la simplification initiale ; nous tenterons, plus loin, de l'employer au profit de la définition unique.

Et c'est en vertu d'une méthode identique que M. Planiol passant à la « définition du droit positif » et à l'examen critique de la « conception du droit naturel », les présente comme de simples distinctions, placées en dehors de la rubrique fondamentale consacrée à la définition du droit [3].

Sous la rubrique « Définitions du droit », le savant doyen de la Faculté de Poitiers, M. Surville [4], dégage « trois acceptions principales du mot droit

1. *Définition du droit, ses deux sens principaux, op. laud. suprà*, n° 2, p. 1.
2. *Id., ibid.*, n° 3, p. 2.
3. *Id., ibid.*, n° 3 et s., p. 2.
4. *Eléments d'un cours de droit civil français*, par F. Surville, professeur de droit civil, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Poitiers, 2e éd., 1910-1912.

dans la langue française[1] », puis, conformément à la méthode de M. Planiol, (mais cependant sous la même rubrique), distingue le droit positif et le droit naturel.

Des trois acceptions que notre auteur expose, les deux dernières n'attirent point d'observation particulière : il s'agit du droit comme science, puis du droit-prérogatives ou facultés. Mais la première définition est remarquable, et mérite d'être citée dans son entier :

« 1° *Le droit est l'ensemble des règles auxquelles, sous la sanction du pouvoir social, se trouve soumis l'usage que l'homme fait de sa liberté dans ses rapports avec ses semblables*[2]. »

Cette première définition, qui frappe, elle est, à quelques termes près, identique à celle que donnait, du haut de sa chaire, Bufnoir, à son cours de droit civil. Et nous allons l'examiner tout prochainement, dans la deuxième partie de ce travail, consacrée à l'examen de la définition unique dans la doctrine[3]. Notre savant collègue de Poitiers, au surplus, indique, dans sa préface, que la première édition de son ouvrage « était destinée surtout à rendre un pieux hommage à la mémoire du Maître vénéré, qui l'a formé aux études de droit[4] ». Nous y reviendrons dans un instant, ayant eu l'heureuse fortune de prendre en notes, nous aussi, sur les bancs de la Faculté de Paris, cette définition magistrale, sous la parole incomparable du grand juriste dont nous procédons tous.

---

1. *Ubi suprà*, n° 2, p. 1.
2. *Id.. ibid.*
3. V. la définition de Bufnoir, *infrà*, II° partie, chap. II.
4. Surville, *op. cit.*, préface de la 2° édition.

MM. Ambroise Colin et Capitant, dont les trois beaux volumes, récemment parus [1], se réclament, « avant tout, d'une inspiration et d'une méthode proprement pédagogiques [2] » fournissent, à l'heure actuelle, pour ce qui concerne l'ensemble du droit civil exposé systématiquement, le dernier mot de la doctrine.

Il est donc intéressant de noter, pour clore cet aperçu du procédé de définition des civilistes contemporains, qu'eux aussi, expliquent la signification du mot « droit » en recourant à plusieurs formules :

« Le mot *droit* peut être pris dans trois acceptions différentes : 1° Il désigne d'abord l'ensemble des *préceptes*, *règles ou lois* qui gouvernent l'activité humaine dans la société et dont l'observation est sanctionnée au besoin par la contrainte sociale, autrement dit par la force publique. Ce corps de préceptes porte le nom Droit (avec un grand D). Certains jurisconsultes y ajoutent l'épithète d'*objectif*. Le droit objectif, dans la société moderne est, en général, unique pour tous les individus ou sujets d'une même communauté politique. C'est ainsi, par exemple, qu'on dira : le *Droit français*, le *Droit allemand*, le *Droit italien*, etc. 2° Le mot *droits* (avec un petit *d* et au pluriel) désigne les *facultés* ou *prérogatives* appartenant à un individu et dont il peut se

---

1. *Cours élémentaire de droit civil français*, par MM. Ambroise Colin, professeur de droit civil à la Faculté de droit de Paris, et H. Capitant, professeur de législation civile comparée à la Faculté de droit de Paris, 1914-1916.

2. Avant-propos, t. I, p. v.

prévaloir à l'égard de ses semblables dans l'exercice de son activité. Chaque genre de faculté ou prérogative constitue un droit déterminé, par exemple, le *droit de propriété*, le *droit de puissance paternelle*. Entendu dans ce sens, le mot droit désigne, suivant l'expression de Savigny « un pouvoir de l'individu » ; on l'appelle parfois *droit subjectif*, par opposition au droit objectif désigné plus haut... 3° Dans une troisième acception enfin, le Droit désigne la science, l'étude qui porte sur le *Droit* en général, et en particulier sur *les droits* qu'il établit. C'est ainsi qu'on dit : la *Faculté de droit*, des *livres de droit*, un *étudiant en droit* [1]. »

Après quoi, MM. Colin et Capitant distinguent droit positif et droit naturel, conformément au dernier procédé relevé chez leurs devanciers.

II

En arrêtant ici la revue des auteurs susceptibles d'être rangés dans cette deuxième catégorie, c'est-à-dire de ceux qui, pour définir le droit, usent de définitions multiples, une remarque s'impose à l'esprit : c'est que tous les juristes dont nous venons de reproduire les lignes appartiennent à l'enseignement du droit, et, qui plus est, du droit civil.

On ne doit point s'en étonner. La méthode des définitions multiples possède une valeur indiscutable au point de vue, purement professionnel, du

---

1. *Ubi suprà*, pp. 1 et 2.

cours émis *ex cathedra* [1]. D'autre part, si les professeurs de droit civil, chargés plus spécialement que leurs collègues de l'exposé des notions générales d'introduction [2], sacrifient assez volontiers à ce procédé à propos de la notion de droit, c'est que la leçon qui y est consacrée est presque toujours la première du cours de première année, s'adressant par conséquent aux étudiants le jour même de leur entrée à l'École. Il n'est aucun d'entre nous, peut-on dire, qui n'ait payé tribut à la nécessité d'être, ce jour-là, particulièrement clair. Et il faut bien convenir que le procédé des définitions multiples facilite grandement la tâche du professeur de droit civil en face de son nouvel auditoire.

Ce serait pourtant une erreur de croire que ce procédé pédagogique, si répandu dans nos Facultés, soit exclusivement employé par les professeurs de droit civil. Il est également consacré par les professeurs de droit public, dont l'influence, de plus en plus grandissante [3], a contribué à propager parmi nous certains des qualificatifs dont on accompagne le mot droit pour en fournir des définitions distinctes, notamment les expressions : droit *objectif*, droit *subjectif*. Voici, à titre d'exemple [4], ce que nous lisons

---

1. Cf. les réflexions de BEUDANT, *supra*, p. 38.
2. Et cela malgré la réforme du 20 juillet 1904. Cf. PLANIOL, *op. cit.*, préface, et notre *Programme* précité, p. 1.
3. Voir le salut adressé, au nom des civilistes, aux juristes du droit public, par notre très regretté maître, R. SALEILLES, dans l'allocution précédant la conférence de M. le doyen LARNAUDE sur le droit public et sa méthode, dans *les Méthodes juridiques*, 1911, p. XVII.
4. V. également, au point de vue du droit administratif, la distinction entre le droit subjectif et le droit objectif dans le *Précis de droit administratif et de droit public* de M. HAURIOU, doyen de la Faculté de Toulouse (1911), p. 106.

en tête de l'un des livres classiques les plus récemment parus, dans cette spécialité, le *Traité de droit constitutionnel* de M. Duguit, dont un précédent ouvrage (*l'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901) avait pris l'allure d'un manifeste de chef d'école :

« Le droit objectif et le droit subjectif. — Par le même mot « droit », on désigne deux choses qui, sans doute, se pénètrent intimement, mais qui sont cependant tout à fait différentes, le droit objectif et le droit subjectif. Le droit *objectif* ou *la règle de droit* est la ligne de conduite qui s'impose aux individus vivant en société, règle dont le respect est considéré, à un moment donné, par une société, comme la garantie de l'intérêt commun et dont la violation entraîne une réaction collective contre l'auteur de cette violation. Le droit *subjectif* est un pouvoir de l'individu vivant en société. C'est le pouvoir pour l'individu d'obtenir la reconnaissance sociale du résultat qu'il veut, quand le motif qui détermine son acte de volonté est un but reconnu légitime par le droit objectif[1]. »

On aperçoit, par le passage qui précède, que, chez les « publicistes » comme chez les « civilistes », la même méthode est adoptée : on présente, du haut de la chaire, non pas une, mais plusieurs définitions du droit.

Observons cependant que, sous l'identité des termes employés, se dissimulent certaines différences dans le sens qu'on leur attribue. Il en est ainsi spécia-

---

1. *Traité de droit constitutionnel*, par M. Léon Duguit, professeur à la Faculté de Bordeaux, 1911, Introduction, p. 1 (V. aussi l'*Etat, le droit objectif et la loi positive*, t. I, p. 15 et s., 80 et s.)

lement, de l'expression « droit *objectif* », que nous rencontrons, d'une part, dans les ouvrages de droit civil de MM. Baudry-Lacantinerie, Colin et Capitant, et, d'autre part, dans les définitions de M. Duguit.

Il n'apparaît pas, en effet, que ces expressions empruntées aux Manuels allemands[1] aient été, de part et d'autre, entendues exactement de la même façon.

Chez les civilistes, on viserait plutôt, semble-t-il, sous le nom de droit *objectif*, le droit considéré *objectivement*, *en soi*, dans la forme extérieure où il se révèle : c'est en vertu de cette conception qu'ils définissent le droit comme « un ensemble de règles ».

Pour M. Duguit, au contraire, il apparaît bien qu'au moyen de la même appellation, on veuille désigner le droit envisagé au point de vue *social*, c'est-à-dire au point de vue de son but, du rôle qu'il est appelé à jouer dans la société, par opposition au droit « subjectif », qui est le droit envisagé au point

---

1. M. Duguit ajoute en effet au sujet de l'origine de ces expressions : « Ces expressions droit *objectif*, droit *subjectif* sont aujourd'hui courantes dans la terminologie juridique. Depuis longtemps déjà, elles sont communément employées par les jurisconsultes allemands et depuis quelques années elles ont acquis droit de cité dans la littérature juridique de notre pays. D'aucuns le regrettent, et critiquent ce qu'ils appellent dédaigneusement une importation germanique. Nous ne tenons pas aux expressions, mais nous tenons à la distinction qu'elles expriment et que les jurisconsultes français ont eu le tort depuis longtemps de ne pas faire nettement. A tout prendre, les expressions de droit objectif et droit subjectif sont commodes et dès lors l'emploi en est tout à fait légitime. » Cf. Ihering, *la Lutte pour le droit* (trad. Meulenaere), p. 4 : « Le mot droit, comme on le sait, s'emploie dans un double sens : dans le sens *objectif* et dans le sens *subjectif*. Le droit, dans le sens objectif, est la somme des principes juridiques appliqués par l'État, l'ordre légal de la vie. Le droit, dans le sens subjectif, est la transfusion de la règle abstraite dans le droit concret de la personne intéressée. »

de vue *individuel*, c'est-à-dire au point de vue des bénéfices personnels que l'individu peut en retirer[1].

Cette ambiguïté, qui se rencontre également à l'étranger[2], met à jour deux conceptions distinctes du droit objectif dont la divergence est beaucoup plus importante qu'on ne pourrait le croire au premier abord : nous aurons à montrer, en effet, en étudiant le point de départ à adopter pour la définition unique du droit, qu'elles appartiennent respectivement à deux catégories de définitions très différentes[3].

*
* *

Nous venons d'indiquer que la tendance des auteurs contemporains et le procédé pédagogique généralement admis consistent à répartir sur plusieurs formules la définition complète de la notion de droit.

---

1. Cette manière de voir résulte peut-être de l'habitude qu'ont les auteurs du droit public d'opposer sans cesse l'individu à la puissance sociale (société ou État). — V. cependant la notion du « *point de vue objectif* » exposée par M. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2e éd., 1904, pp. 1 et 2, et la définition qui s'ensuit : il semble bien que l'auteur se rapproche, dans ce passage, de la conception du droit objectif des auteurs du droit public.

2. Dans le premier sens, V. Korkounov, *op. cit.*, trad. Tchernoff, p. 185. La distinction entre droit subjectif et objectif (entendu dans le 1er sens ci-dessus) est très critiquée par M. Roguin, *op. cit.*, p. 87, n° 47.

3. La définition du droit « objectif » (1er sens) rentre, en effet, dans la catégorie des définitions *formelles*; la seconde, dans celle des définitions *sociologiques*. Pour le développement de cette différence, voir *infrà*, 3e partie. — Dans les explications qui vont suivre, nous emploierons l'expression de droit « objectif » avec le sens qu'y attache M. Duguit, — tout en essayant, d'ailleurs, de l'éviter autant qu'il nous sera loisible de le faire, redoutant d'obscurcir par ces termes abstraits une matière que nous voudrions, au contraire, voir concrétiser le plus possible.

S'ensuit-il maintenant, sur le terrain scientifique, — donc aussi dans le domaine de l'enseignement — qu'il faille en demeurer là ? Non, nos méthodes d'exposition n'ont point ce dogmatisme rigide[1]. Nous allons avoir d'ailleurs à examiner comment M. Duguit lui-même, regrettant « que l'on désigne par le même mot des choses tout à fait différentes » arrive à l'extrême simplification en proposant d'écarter complètement « l'emploi du mot droit au sens subjectif[2] »

Et, d'autre part, n'est-ce point d'Accarias lui-même (qui fut le dernier inspecteur général des Facultés de droit) que nous pouvons lire en épigraphe, sur la couverture de son *Précis de droit romain*, cette suggestive réflexion de Cicéron : *Jureconsulti sæpe, quod positum est in una cognitione, id in infinita dispertiuntur* ?

De telles autorités nous encouragent à pousser plus loin notre étude et à rechercher si, décidément, l'on ne saurait — paraphrasant l'un des mots les plus célèbres de cette terrible guerre — *réaliser sur l'unité de notion l'unité de définition*.

---

1. « La science n'a-t-elle pas à gagner à la diversité des méthodes ? » écrivaient, en 1854, Aubry et Rau (p. x de la Préface de leur 3e édition), s'excusant de ne pas suivre le plan adopté par le Code Napoléon, et définissant ce que devait être, suivant eux « un cours dans le véritable sens du mot ».

2. *Id.*, *ibid.*, p. 2. Cf. *infrà*, p. 111.

DEUXIÈME PARTIE

LA DÉFINITION UNIQUE DANS LA DOCTRINE

(Examen critique)

CHAPITRE PREMIER

LA DÉFINITION D'AUBRY ET RAU

(LES ORIGINES DE LA DÉFINITION « FORMELLE »)

C'est à Aubry et Rau, dont le célèbre ouvrage, comme le dit si bien M. Planiol, « restera le chef-d'œuvre de la science française au dix-neuvième siècle », qu'était réservé le privilège de doter notre littérature juridique de la première définition unique portant sur la notion de droit.

Il n'est pas indifférent, nous le montrerons, d'en retracer la genèse.

Cette définition, à laquelle les auteurs ne paraissent pas avoir attaché l'importance qu'elle méritait, est, comme l'ensemble de l'ouvrage des deux illustres

collaborateurs, inspirée du *Manuel de droit civil français* de Zachariæ, professeur à l'Université d'Heidelberg, manuel dont la première édition (1808), conçue et écrite « en contemplant les montagnes françaises » par un Allemand qui, sous l'empire du mouvement d'idées provoqué par la Révolution et sous la domination de nos armes, se réclamait alors d'une « patrie des esprits[1] », contribua, par son autorité, à l'expansion et à l'adoption du Code Napoléon dans les pays rhénans[2].

Zachariæ, sous la rubrique : De la science du droit en général, débutait par une définition unique du droit (§ 1), élevée *de plano* au-dessus des deux distinctions du « droit des hommes » (*Recht der Menschen*) (§ 2), et du « droit des peuples » (*Recht der Völker*) (§ 3), lesquelles se subdivisaient chacune en « droit naturel » (*Naturrecht*) et « droit positif » (*Staatsrecht*)[3].

---

1. La première édition en deux volumes, écrite par ZACHARIÆ dans l'année qui suivit sa nomination à Heidelberg, semble aujourd'hui introuvable en France (elle ne figure pas à la Bibliothèque nationale). Les phrases de la première préface de Zachariæ, ci-dessus reproduites, sont rappelées par son continuateur allemand CROME au début de l'avant-propos à la 8e édition, 1894. — La 2e édition de Zachariæ en quatre volumes, qui porte l'épigraphe : *an omnis moriar?* est également très rare. C'est la 3e édition (1827), celle qui fut traduite par Aubry et Rau dans les conditions précisées ci-dessous, qui se trouve généralement dans les bibliothèques françaises.

2. Le Code Napoléon fut adopté en 1809 dans le grand-duché de Bade et Zachariæ fut chargé d'en donner une traduction officielle. V. la biographie de Zachariæ par l'un de ses deux continuateurs français, Aubry, doyen de la Faculté de droit de Strasbourg, dans la *Biographie universelle*, t. XLV (tirage à part à la Bibliothèque nationale, cote Mp. 2229).

3. Aubry et Rau, dans leur traduction citée ci-dessous, traduisent *Staatsrecht* par « *droit civil* (*jus civile in lato sensu*) ». Ils traduisent *Recht der Völker* par « *droit des gens* », et ne fournissent aucun équivalent pour *Recht der Menschen*, sous le § 2.

En faisant application ici des procédés de traduction rigoureux que, par un accord entre les divers collaborateurs, nous avions convenu d'employer, en 1900, vis-à-vis du Code civil allemand — respectant la valeur technique des termes et les moindres détails de la pensée[1], — voici comment on rendrait aujourd'hui la définition de Zachariæ :

« *La notion* qui s'inscrit dans des règles, *dont le propre est* que l'observation peut en être imposée à l'homme par voie de coercition extérieure (ou physique), c'est le droit[2]. »

C'est sous une forme assez différente que la 1re édition du *Cours de droit civil français* des savants maîtres de Strasbourg[3] s'inspire de la définition de Zachariæ :

« Le droit est *l'ensemble des lois* à l'observation

---

1. V. introduction et lexique en tête du tome Ier de la traduction annotée du *Code civil allemand* publiée par le Comité de législation étrangère au Ministère de la Justice, 1904.

2. Cette définition est restée classique en Allemagne, et tous les ouvrages ultérieurs s'en sont plus ou moins inspirés. Voir notamment Falck, *Cours d'introduction générale à l'étude du droit*, 1821, traduit par Pellat sur la 4e éd. allemande (1830) en 1841, p. 3. « Nous entendons par droit un ensemble de préceptes et de règles auxquels les hommes vivant dans un État ou dans une société civile sont soumis, de telle manière qu'ils puissent, en cas de besoin, être contraints à les observer par l'application de la force. » — V. aussi la définition « formelle » donnée par Ihering comme courante en Allemagne de son temps (*infrà*, ch. III, § 2)

3. *Cours de droit civil français* traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariæ, professeur à l'Université d'Heidelberg, revue et augmentée, avec l'agrément de l'auteur, par M. C. Aubry, professeur de droit civil à l'Université de Strasbourg et M. C. Rau, professeur suppléant à la même Faculté, t. Ier. Lagier, éd., Strasbourg 1839. Cette 1re édition est devenue assez rare (V. Bibl. Nat. Inventaire F. 46327 à 46331). Selon l'observation très exacte de M. Planiol (*Traité*, I, n° 131) elle ne constitue pas une traduction véritable, mais surtout une imitation. Voir à ce sujet la préface d'Aubry et Rau en tête de leur 3e édition.

desquelles *il est permis* d'astreindre l'homme par une coercition extérieure ou physique. »

Enfin la définition *ne varietur* que nous trouvons dans Aubry et Rau, dès leur 3e édition (1856) — celle sur laquelle nous allons avoir alors à discuter maintenant — devient celle-ci :

« *Le droit est l'ensemble des préceptes ou règles de conduite à l'observation desquels il est permis d'astreindre l'homme par une coercition extérieure ou physique*[1]. »

I

Nous n'insisterons pas ici sur les qualités extérieures de la définition d'Aubry et Rau. Leur maîtrise dans le genre est bien connue. C'est d'eux que nous tenons, selon la si juste remarque de M. Gény, ces définitions « pleines et drues » telles, dit-il, que celles de la propriété, du patrimoine, du mariage, qui ont rarement été égalées[2]. Pourtant, soit sur le choix des expressions, soit sur l'ensemble même de la phrase, au sujet de ce qui y est dit et aussi de ce qui y est omis, la définition ci-dessus appelle certaines observations qui vont nous faire pénétrer au cœur de la question qui est l'objet même de ce livre, — observations approbatives, pour la plupart, mais nuancées de quelques regrets.

Élogieuses ou critiques, résumons les principales.

---

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I. Introduction, « Du droit en général », § 1 *ab initio*.
2. Gény, *Science et technique*, I, n° 52, p. 154.

1° Le premier mérite d'Aubry et Rau, c'est d'avoir eu la volonté de formuler une définition de la notion de droit dominant, à égalité, les deux aspects distincts sous lesquels on a souvent pris coutume, nous l'avons vu, d'envisager, dès l'abord, cette notion : droit positif et droit naturel.

Que tel ait été le ferme dessein de nos auteurs, cela ressort à l'évidence, tant du précédent de Zachariæ, dont ils se sont inspirés, que de la disposition même de l'ordre de leur exposé [1].

Ce but étant ainsi dégagé, on ne saurait trop admirer le choix de la formule par laquelle Aubry et Rau réalisent leur intention : « ... à l'observation desquels *il est permis de...* ». Ces mots : *il est permis* [2], sont de nature à s'appliquer également, suivant le point de vue auquel on se place, soit au droit naturel, soit au droit positif.

Que sera-ce donc que le droit naturel, en partant de la définition générale ? Ce sera « l'ensemble des préceptes ou règles de conduite *légitimement susceptibles de devenir*, d'après la nature même des actes auxquels ils s'appliquent, l'objet d'une coercition extérieure [3].

Et le droit positif ? « l'ensemble des préceptes *qui de fait ont été reconnus ou déclarés susceptibles*

---

1. En effet, après avoir posé et développé leur définition générale dans le § 1, Aubry et Rau passent à l'examen des principales distinctions du droit (droit civil, constitutionnel, administratif, naturel, positif, coutumier, écrit, national) dans le § 2.

2. Ces mots sont la transposition heureuse d'une expression très usitée dans le français d'Alsace-Lorraine pour rendre la même pensée : « on *ose* », « on n'*ose* pas ». C'est l'équivalent du *dürfen* allemand, employé par Zachariæ.

3. Aubry et Rau, § 2, p. 3 de la 4e éd.

d'une pareille coercition par la coutume ou par la loi[1] ».

On voit donc que la définition générale embrasse, *évoque* les deux aspects principaux du droit. Elle présente même l'avantage supplémentaire d'évoquer également le droit considéré dans son application pratique : car les mots « il est permis » peuvent être encore entendus comme visant les sentences de justice et les voies d'exécution de toutes les catégories.

2° Le deuxième mérite d'Aubry et Rau, c'est d'avoir compris — ainsi que Zachariæ — qu'une définition du droit, pour être véritablement telle, doit pouvoir être appliquée, dans l'intégralité de ses termes, aux relations internationales[2].

De toutes les difficultés soulevées par la définition du droit, c'est peut-être celle qui a le plus échappé aux regards des civilistes, en particulier des jurisconsultes de l'école des commentateurs. A part Laurent, qui dans le passage ci-dessus reproduit, indique que l'objet du droit, c'est d'établir des règles « obligatoires pour les individus *et les nations* » — mais omet de définir le droit[3] — la plupart de ces définitions, appuyées sur celle de la loi, n'embrassent pas le droit des gens. — Qui pourrait n'y plus songer aujourd'hui ?

Une raison, sans doute, a, pour certains, pesé dans la balance : c'est que, disent eux-mêmes Aubry et

---

1. *Id.*, *ibid.*
2. *Id.*, *ibid.*, § 3. Définition et aspects divers du droit des gens.
3. V. *suprà*, 1re partie, ch. II.

Rau, « le Droit international ne jouit pas, comme le droit propre à chaque État, d'une garantie complète d'efficacité, puisqu'il n'existe pas d'autorité commune chargée de décider des contestations auxquelles l'application de ces règles peut donner lieu ni de pouvoir supérieur capable d'assurer d'une manière invincible leur observation[1] ». Mais écoutons nos jurisconsultes répondre à l'objection ; le texte de cette réponse établira, plus que toute autre démonstration, la visée générale de la définition unique posée en tête par Aubry et Rau : « Cette considération a porté certains auteurs à nier l'existence du droit des gens. Mais c'est à tort : toute règle *légitimement susceptible de devenir l'objet d'une coercition extérieure* est par cela même une règle juridique ; l'absence d'institutions propres à en assurer l'observation ne les prive pas de ce caractère et ne lui enlève pas son autorité intrinsèque[2]. »

Ainsi la définition émanée de la Faculté *française* de Strasbourg domine-t-elle, et de haut, les relations des États entre eux, et de leurs sujets respectifs. Au regard de cette claire formule, et pour en éprouver la valeur, que l'on examine donc les faits européens qui déchaînèrent la guerre mondiale : l'indé-

---

1. Aubry et Rau, § 3, p. 5 (4e éd.), Cf. Roguin, *op. cit.*, n° 32, pp. 65-66.

2. *Id.*, *ibid.*, note 4. Cette idée a été mise en relief d'une manière particulièrement frappante par notre éminent maître M. A. Pillet dans ses conférences sur *le Droit de la guerre*, 1892, Introduction. Il faut noter aussi que Ihering lui-même l'accepte et la défend (*Zweck im Recht*, trad. Meulenaere citée plus loin, n° 146, p. 217). V. également Gény, *Science et technique*, I, n° 15, p. 48. — Sur les conflits entre collectivités dans l'intérieur d'un même État et la théorie du droit sans contrainte, v. *infrà*, p. 64, note 1.

pendance de la Serbie, de la Belgique, du Luxembourg, le respect dû aux petites nations, ne sont-ce pas là de ces règles « à l'observation desquelles il est permis d'astreindre l'*homme* » — l'homme en quelque place qu'il se trouve, même sur un trône d'empereur — « par une coercition extérieure ou physique ? » Et la phrase des maîtres alsaciens ne prend-elle pas, dans les minutes tragiques de l'heure qui sonne, la froide majesté d'une sentence de justice, tombée du tribunal le plus élevé que l'imagination puisse concevoir ?

3° A un troisième point de vue, la définition d'Aubry et Rau nous semble encore valoir l'éloge. Mais cette fois, c'est moins pour ce qui y est dit que pour ce qui n'y est pas dit.

Il convient, suivant nous, de la louer de n'avoir pas, comme le font un grand nombre de juristes, réduit le domaine du droit aux relations des hommes *entre eux*.

Dans le parallèle, absolument classique, entre la notion de droit et la notion de morale[1], de même qu'à propos de notre définition, la plupart des auteurs font ressortir que le droit possède un domaine plus restreint que celui de la morale. La proposition est exacte. Mais ces auteurs appuient leur dire sur le fait que le droit ne s'appliquerait qu'aux rapports de l'homme *avec ses semblables*, tandis que seule la morale, plus large, envisagerait les devoirs de l'homme envers lui-même, envers les animaux, en-

1. V. *infra*, p. 68, note 1.

vers la nature, et pour les morales déistes, les devoirs de l'homme envers la Divinité.

Ce point de vue ne nous paraît pas fondé. Le droit enregistre et sanctionne des rapports de l'homme avec les animaux (*jus animalium*), ces derniers étant ou non considérés comme sujets actifs de ces rapports juridiques[1]. — Le droit enregistre aussi à la charge de l'homme des devoirs établis par la loi envers lui-même, par exemple, dans certains pays, l'interdiction du suicide ; et les mesures d'instruction obligatoire, d'hygiène, d'antialcoolisme ne sont pas loin aujourd'hui de présenter ce caractère. — Sans entrer dans la controverse sur la nature essentielle de la personnalité juridique, on est bien obligé de reconnaître encore que, sous le nom de personnes morales, le droit élève à la hauteur de l'homme, soit des êtres imaginaires, fictivement doués d'existence, soit, tout au moins, une certaine masse de biens soumise à un régime spécial. — Sachons enfin nous rappeler également que, sous le nom de *res nullius divini juris*, le droit romain, entre autres, avait même divinisé des choses[2] ; et cette conception n'est pas aussi lointaine de nous qu'on pourrait le croire, puisque, sous la Restauration, les

---

1. Cf. entre autres Henry S. Salt, *les Droits de l'animal*, 2e éd., 1900. Voir aussi le passage final de la note 1, § 1 d'Aubry et Rau (p. 2), qui, en visant la loi Grammont, démontre que le silence gardé par nos auteurs sur les bénéficiaires du droit était bien, comme nous le soutenons, intentionnel et fondé sur les motifs que nous développons ci-dessus. (V. en sens divers : Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, I, n° 48 *bis*, p. 105 et s. ; Demogue, *op. cit.*, pp. 328-329 ; Gény, *Science et technique*, I, p. 52, note 1.)

2. V. P. F. Girard, *op. laud.*, liv. III (le patrimoine), sur les *res extra patrimonium*.

Assemblées de Charles X votaient, malgré Royer-Collard, la célèbre loi du sacrilège, après des débats retentissants rappelés, il y a quelques années, à la Chambre des députés, à l'occasion de la proposition de loi punissant les outrages au drapeau[1].

Le point de vue de la plupart des auteurs nous semble donc exagéré. Sans doute, en n'y regardant qu'aux apparences, les rapports juridiques sus-rappelés de l'homme avec les animaux ou avec les choses, quand le droit vient à les sanctionner, se traduiront toujours par des procès débattus entre l'homme, sujet passif de ces devoirs, et d'autres hommes intervenant pour faire respecter les lois ; mais ceux-ci, en dernière analyse, n'interviennent, suivant nous, qu' « ès qualités » ; ce n'est pas en eux qu'est le droit.

4° Enfin, dans l'ordre des idées qu'Aubry et Rau ont écartées volontairement, il en est une qu'il faut se féliciter de ne pas rencontrer dans leur formule : c'est la mention de l'État, considéré comme pouvoir social, disposant de la coercition qui sert de sanction au droit.

« Coercition extérieure ou physique », écrivent-ils simplement, et leur silence est calculé.

Comment en serait-il autrement, de la part de deux jurisconsultes qui, jusqu'à la dernière édition de leur ouvrage, ont maintenu sur un pied absolu d'égalité le « droit théorique » et le « droit pratique » ?

---

1. Chambre des députés, séance du 19 octobre 1909, *J. Off.*, *Déb. Parl.*, Chambre 1909, p. 2670.

Ne savaient-ils pas mieux que quiconque que, sur le terrain même du droit positif, toute contrainte n'émane pas nécessairement de l'État[1] ?

Sans doute, cette manière de voir n'est pas partagée par beaucoup d'auteurs contemporains, qui estiment, à la suite d'Ihering, que « l'État est le souverain détenteur de la contrainte[2] ». Mais, outre que cette formule d'Ihering découle d'une théorie du droit[3] à laquelle nous ne pourrions souscrire, elle se heurte aux données historiques qui nous montrent le droit existant, comme tel, malgré l'absence de toute espèce de contrainte émanant de la puissance publique[4]; elle se heurte, en second lieu, à la conception même du droit international, où l'on ne rencontre pas encore, à l'heure actuelle (les événements d'aujourd'hui le prouvent d'une terrible manière), l'existence d'une autorité sociale supérieure aux États en conflit[5]; elle aboutit enfin à un résultat absolutiste : le souverain étant le détenteur de la contrainte, celle-ci ne peut s'exercer contre lui, et, partant, le droit ne peut l'atteindre[6]. Une semblable conclusion, qui place l'État au-dessus du droit, suffit pour justifier l'omission d'Aubry et Rau.

---

1. Sur l'exécution privée, voir DEMOGUE, *op. cit.*, IIIe partie, ch. IV, p. 638 et s. ; et sur le fond même de la thèse soutenue ci-dessus, *Id.*, *ibid.*, p. 6, note 2.

2. IHERING, *Zweck im Recht*, ch. VIII, § 10, trad. MEULENAERE, n° 145, p. 215.

3. « L'État est l'unique source du droit » (*eod. loc.*).

4. Ihering lui-même l'a établi pour le très ancien droit romain (*Esprit du droit romain*, trad. MEULENAERE, t. I, § 11, p. 119 et s.). Voir son essai de conciliation entre les deux points de vue, *Zweck*, trad. MEULENAERE, p. 219.

5. *Id.*, *ibid.*

6. *Id.*, *ibid.*, n° 147, pp. 219 à 221.

La coercition est la sanction du droit : il est inutile et inexact d'affirmer que la force qui contraint émane toujours, et nécessairement, de l'État[1].

II

Les éloges enregistrés, abordons maintenant les critiques.

1° Une réserve de forme, tout d'abord. Nous avons suffisamment louangé les qualités extérieures de la définition d'Aubry et Rau pour nous permettre, à cet égard, l'exposé d'un *desideratum* auquel, à notre sens, la définition envisagée ne répond pas.

Nous recherchons la définition unique, mais nous la rêverions plus accessible, moins chargée de termes abstraits, susceptible d'être comprise par le premier passant venu, *the man in the street* (l'homme de la rue) comme disent les Anglais.

---

1. Ne faudrait-il pas aller plus loin, et supprimer complètement dans la définition, l'idée même de la coercition extérieure ou physique », mentionnée par nos auteurs comme étant la sanction du droit ? Cette idée a été présentée récemment sur le terrain purement juridique et sur le terrain philosophique. Du premier point de vue, on a surtout discuté au sujet des conflits collectifs entre patrons et ouvriers, et de leur solution par l'arbitrage obligatoire, dont la sanction est difficile à organiser en législation : et c'est à cette occasion qu'on a principalement soutenu les doctrines du « droit sans contrainte » ou « droit non coercible » (Cf. Gény, *Science et technique*, I, p. 47, note 4) ; toutefois quand on étudie le problème, on aperçoit qu'il se confond, à peu de choses près, avec celui du droit international, qui embrasse, lui aussi, des conflits de collectivités à collectivités, et auquel l'idée de sanctions par voie de coercition extérieure, même en l'absence d'institutions propres à les assurer, maintient le caractère juridique, ainsi qu'Aubry et Rau l'ont fort bien montré (comme nous venons de le voir dans la 2e observation qui précède). — Sur le terrain philosophique, V. les auteurs cités dans la note ci-dessus de M. Gény. Cf. Korkounov, trad. Tchernoff, § 12, p. 101 et s.

La définition des deux maîtres présente-t-elle ce caractère? Elle est impeccable, sans doute, d'une belle allure scientifique : mais qu'on aille donc la réciter aux profanes! « Préceptes », « astreindre », « coercition », est-il impossible de définir le droit sans employer tous ces mots-là?

2° De la forme, maintenant, passons au fond. Nous voici au cœur du problème.

Toute définition, avons nous dit précédemment[1], ayant pour mission de révéler la *substance* de l'objet à définir, doit contenir l'énoncé d'un *substantif* sur lequel elle repose entièrement, qui en est l'assise fondamentale; ajoutons que ce substantif doit venir immédiatement après le verbe *être : le droit, c'est...* quoi ? ici, un substantif.

Or, dans la définition d'Aubry et Rau, quel est le substantif choisi ? le droit, c'est « *l'ensemble des préceptes ou règles* de conduite... »

Cette formule, que nous avions jusqu'ici, nous aussi, employée dans l'enseignement, ne nous paraît plus satisfaisante.

Identifier le droit avec les préceptes qui le renferment, et même avec leur « ensemble », c'est confondre le contenu et le contenant, l'idée et l'expression, la pensée et le vêtement de mots dont elle se pare ; c'est confondre le délibéré et le jugement avec la rédaction de la sentence, la discipline avec l'échelle hiérarchique des grades et les règles de subordination par lesquelles elle se traduit.

---

1. *Suprà*, p. 13 et 14, à propos des définitions romaines.

Le droit, c'est le contenu, c'est l'idée, c'est la pensée ; c'est un délibéré que ponctue un jugement; et c'est aussi une discipline.

Le droit est « fils de l'intelligence » : il est le produit des facultés de l'esprit. A quelque école qu'on se rattache au regard de son origine ou de son but, et fût-on le plus intraitable des « objectivistes », on sera bien forcé de convenir qu'il n'y aurait pas de « règle de droit » s'il n'y avait pas de cerveau humain.

Le droit doit donc être considéré, avant toute chose, dans l'esprit.

Il s'y présente sous les espèces de ce que les philosophes appellent proprement, en logique, une *notion*[1].

Eh bien ! si l'on ne veut, ou si l'on ne peut, examiner cette notion en profondeur pour en dégager la substance et doter du substantif ainsi découvert la définition recherchée, que cette définition, tout au moins, porte sur la notion elle-même, et non sur les combinaisons de langage par lesquelles elle s'adresse à l'homme; qu'au lieu d'écrire: « Le droit, c'est un « *ensemble de règles...* », on commence par dire (et ce n'est qu'un commencement, c'est-à-dire un minimum) : « Le droit, c'est la *notion qui s'exprime au moyen de règles...*

Telle était la conception de Zachariæ, qu'Aubry et Rau, sur ce point, n'ont peut-être pas entièrement pénétrée. Le substantif de la définition de Zachariæ nous représente le droit comme étant le *Begriff* in-

---

1. Voir LIARD, *Logique* précitée, liv. I, ch. I : Des notions et des termes.

clus (*das Inbegriff*) dans certaines règles caractéristiques ; or le mot *Begriff* est l'un de ces termes de la langue allemande qui possèdent une valeur technique précise, sensiblement correspondante à ce que nous entendons en français par notion [1].

Concluons. Définir le droit par l'ensemble de ses règles [2], c'est définir la pensée humaine par l'ensemble des mots du dictionnaire. Pour les raisons que nous venons d'indiquer, cela ne nous semble pas exact.

3° Mais poursuivons. Admettons, pour un instant, le point de départ d'Aubry et Rau : le droit défini par ses règles. S'ensuit-il que, sur ce terrain même, il faille, de tous points, approuver leur définition ?

Non. Le droit n'est point la seule notion qui s'exprime au moyen de « préceptes ou règles de conduite ». Il y a, nous l'avons déjà dit, la morale, la religion, les mœurs, les convenances, la politesse, etc. Toutes commandent à l'homme : « Fais ceci..., ne fais pas cela... sous peine de... » et, ajoutent quelques-unes : « ...si tu veux gagner telle récompense ».

Entre ces diverses notions, la distinction est fort délicate, particulièrement en ce qui concerne celle de la morale et du droit [3]. Le critérium le plus solide, celui qui régit tous les autres, c'est celui qui est

---

1. Sur la signification du *Begriff*, voir GÉNY, *Science et technique* I, n° 50, p. 146.

2. Ce point de vue est poussé jusqu'à l'exagération par M. ROGUIN, dans son livre *la Règle de droit*, précité. Voir les définitions proposées par cet auteur, n° 34 *in fine*, p. 71 ; et n° 52, p. 90.

3. La nécessité de cette distinction initiale n'a pas échappé à Aubry et Rau : voir sous le § 1, la note 1 et le texte qui y correspond.

tiré des sanctions. De toutes les « normes » qui précèdent, le droit est la seule qui comporte, pour sanction, la force : c'est là le trait véritablement *spécifique* qui différencie la notion de droit. Dès lors, suffira-t-il donc, pour caractériser le droit par ses règles, de dire, dans une note un peu grise et sans relief, ainsi que le font nos auteurs : « Le droit, c'est l'ensemble des règles *à l'observation desquelles* il est permis, etc. » ? Oh ! que de ce point de vue spécial les mots employés semblent ternes ! Et combien, cette fois encore, la pensée de leur guide, Zachariæ, se révèle plus vigoureuse, sous des relatifs (*derjenigen... zu deren*) qu'il importait au plus haut point de peser : le droit, c'est la notion qui s'inscrit dans *des règles* DONT LE PROPRE EST que l'observation peut en être imposée à l'homme par la contrainte résultant de la force : « le propre », cela veut dire le trait *essentiel*, celui qui distingue les règles du droit des préceptes de la morale, de la religion, des mœurs, et faute de quoi les règles du droit cesseraient d'apparaître, aux yeux des hommes, comme « incarnant », conformément à leur rôle, le droit[1].

4° Reste enfin la dernière critique. Le souci, très légitime, d'Aubry et Rau de n'insérer, dans leur définition, que les seuls éléments indispensables, les a poussés à en bannir tous termes qui évoqueraient

---

1. Sur la distinction entre les « normes » du droit et les « normes » de la morale, cf. GÉNY, *Science et technique*, I, n°s 15 et 16, p. 45 et s. ; DEMOGUE, *op. cit.*, p. 13 et s., et les nombreuses références citées par ces deux auteurs, qui admettent tous deux le criterium tiré des sanctions (M. Gény y ajoute l'idée du juste. V. *infra*, pp. 77 et 81). V. aussi note 3, p. 94 ci-dessous.

ce que l'on a appelé, à juste titre, « le problème du droit ».

Or c'est là, nous allons le montrer, la difficulté capitale de la matière : pour la définition unique, la pierre d'achoppement.

Incontestablement, les deux auteurs l'ont aperçue. Car voici ce qu'ils écrivent à ce sujet, dans le commentaire très bref dont ils font suivre leur définition : « Le Droit n'obtient une complète garantie d'efficacité que par l'existence d'une force capable de *vaincre les résistances individuelles* ; et cette force elle-même ne peut s'établir qu'*au moyen d'une association* où chacun se trouve *contenu dans ses devoirs par la puissance de tous*. Une pareille association constitue ce qu'on appelle une société civile ou un État[1]. » Et ils ajoutent immédiatement, sous le paragraphe qui suit : « L'objet du droit étant *de régler la vie sociale*, et la réalisation complète de ce but supposant *l'existence de sociétés civiles régulièrement organisées*, il en résulte... etc.[2] » On le voit, le rôle social du droit n'a pas échappé à nos jurisconsultes, pas plus que la position respective où se trouvent, par rapport à ses règles, l'individu, les autres hommes, et l'État.

La définition n'en doit-elle pas connaître ?

Aubry et Rau l'ont estimé ainsi. Et peut-être d'ailleurs, de leur temps, la chose était-elle encore possible. Mais, de nos jours, elle ne l'est plus.

Trop de maîtres du droit privé et du droit public

---

1. Aubry et Rau, § 1, p. 2 (4e éd.). Cf. la définition de Falck, *supra*, p. 55, note 2.
2. *Id.*, § 2, p. 2.

ont vulgarisé aujourd'hui les points de vue divers et opposés du droit dit « objectif » et du droit dit « subjectif », c'est-à-dire, ainsi que nous l'avons déterminé[1], de la « règle de droit » envisagée soit dans son fondement social, soit dans ses avantages individuels, pour qu'il demeure admissible d'en faire abstraction désormais. C'est pourquoi, de même qu'Aubry et Rau ont senti la nécessité d'écrire une définition générale capable de dominer les seuls points de vue, dégagés à leur époque, du droit positif, du droit naturel et du droit international — ce dont nous les avons loués comme il convient, — de même la définition moderne, la définition *contemporaine* doit dominer aussi les deux aspects modernes, contemporains, du droit « objectif » et du droit « subjectif ».

Est-ce réalisable ? dans quelle mesure ? et comment ? C'est ce que d'autres autorités vont nous permettre de rechercher.

---

1. V. *suprà*, p. 49 et s. et les notes.

CHAPITRE II

LA DÉFINITION TENANT COMPTE DU BUT DU DROIT

Dans ce nouvel ordre d'idées, une définition-type s'offre à nous : c'est celle que donnait naguère Bufnoir aux étudiants de la Faculté de Paris[1] :

« *Le droit, c'est l'ensemble des règles auxquelles est soumise, sous la sanction du pouvoir social, la* LIBERTÉ *de l'homme en conflit avec la liberté d'autrui*[2]. »

L'admirable définition ! et comme elle révèle le Juriste ! Le mot juste est à sa juste place. C'est lui qui ouvre toutes les perspectives. Aubry et Rau ne l'avaient pas prononcé, dans leur parti pris de se soustraire à aborder jusqu'aux apparences du problème. Mais Bufnoir, avec un art merveilleux, lui octroie une place éminente, une place d'honneur, au centre de la formule. C'est vers lui que converge toute la lumière, afin qu'il éblouisse les

---

1. C. BUFNOIR, à son *Cours de droit civil*, 1re année de licence, année scolaire 1888-1889.

2. Rapprocher de cette définition la formule, également *évocatrice*, rapportée par M. Gaston May comme résumant les idées de Spencer et de Fouillée : « L'ensemble des conditions qui limitent les libertés pour rendre possible leur accord » (*op. cit. infrà*, p. 2).

yeux ; c'est autour de lui, derrière lui, contre lui, que se massent toutes les forces de la phrase, afin que de tout son poids, elle martèle, par lui, le cerveau. Ce mot, ce mot *indispensable* dans toute définition du droit, nous le rencontrons, pour la première fois, chez Bufnoir : c'est le grand mot de LIBERTÉ.

Les « libertés à l'état de conflit », voilà magistralement posé, le problème, le drame ; autour de lui, les acteurs : le pouvoir social, l'homme, autrui ; au-dessus de tout, intervenant au cinquième acte, *deus ex machina* : le droit.

Ce problème, que le droit doit résoudre, on ne peut plus éviter de l'énoncer : nul ne pouvait mieux y parvenir.

Peu nous importe, après cela, qu'en face de la définition de Bufnoir, un certain nombre des observations critiques que nous avons exposées ci-dessus à propos de celle d'Aubry et Rau retrouvent ici leur valeur ! le principal mérite de cette formule est celui que nous venons de dire. Et nous établirons par la suite (tentant de dégager la méthode qui s'impose pour définir le droit)[1], à quel point, en procédant, ainsi qu'il l'a fait, par le moyen de l'*évocation*, Bufnoir, ici comme ailleurs, a su ouvrir des voies qui mènent à la vérité.

Plus détaillées — plus osées aussi — apparaissent d'autres définitions.

---

1. Voir ci-dessous, IIIe partie, ch. I.

I

C'est chez un historien du droit romain, M. Gaston May, que nous rencontrons d'abord une formule de définition unique répondant à cette conception plus descriptive de la définition du droit.

Le droit est « *un ensemble de préceptes que tous les membres de la société reconnaissent comme règle de leurs rapports réciproques et dont le pouvoir social assure le maintien par voie de sanction*[1] ».

Cette formule, nous la trouvons dans les premières pages du savant ouvrage de M. May. Après avoir montré comment « le droit est limité par essence », c'est-à-dire qu'il est pour chaque homme la faculté d'agir jusqu'au point où son action gênerait l'action d'autrui, M. May ajoute : « Une série d'expériences prolongées a montré à l'homme, vivant avec ses semblables, qu'une société ne peut se fonder, ni surtout durer, sans des restrictions à sa liberté d'action. Il a consenti à ne pas agir dans certains cas, pour permettre l'action d'autrui. Ces limitations imposées à chacun constituent pour chacun et pour tous le droit[2]. » Et c'est après ces considérations philosophiques, que nous lisons la définition que nous avons transcrite plus haut.

Des considérations du même genre ouvrent le grand Traité de droit civil de M. Huc. Dans ses

---

1. *Eléments de droit romain*, par M. Gaston May, professeur de droit romain à la Faculté de Paris, 11e éd., 1913, p. 4.
2. *Id.*, *ibid.*, pp. 2 et 3.

« Prolégomènes », sous un paragraphe premier intitulé « Du droit et de la loi dans le domaine de l'abstraction », M. Huc affirme que le droit dérive directement de la conscience individuelle, et analyse ainsi la notion de droit : « Pour chaque homme, le respect, à tout point de vue, de la personnalité d'autrui est la condition nécessaire de sa propre personnalité. C'est-à-dire que chaque homme, en tenant compte uniquement des conditions de sa nature, doit contribuer à assurer aux autres un traitement semblable à celui qu'il pourrait réclamer lui-même dans toutes les situations possibles. L'ensemble des dispositions destinées à procurer et à maintenir cette égalité de rapports, constitue *le droit*, lorsque l'observation peut en être assurée par une sanction coercitive, préventive ou répressive[1]. » Les considérations qui précèdent, on le voit, sont de nature identique à celles que développait M. May. Toutefois, une différence se remarque : M. Huc n'a pas poussé ses prolégomènes jusqu'à la formule d'une définition.

II

Cette définition, nous la trouvons, au contraire, très étudiée, et partant des mêmes principes, dans le dernier ouvrage de M. Gény, encore à l'heure actuelle en cours de publication.

---

1. *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, par M. Th. Huc, conseiller à la Cour de Paris, professeur honoraire des Facultés de droit, 1892, t. I, p. 1 et s.

L'érudit professeur de Nancy nous la devait, après la boutade un peu vive que nous avons reproduite de lui dans les premières pages du présent travail. Il a tenté de nous la donner, guidé par le ferme dessein de grouper dans une formule unique tous les éléments essentiels de la coordination desquels se compose la notion de droit. Il nous offre une définition pesée, mûrie, très complète (trop peut-être ?) et dont la caractéristique est qu'un point de départ commun l'apparente, d'une façon très proche, aux propositions de MM. May et Huc, que nous venons de résumer.

« Vivant parmi la nature et à l'état social, l'homme agit... dans le sens d'une destinée en grande partie mystérieuse, mais dont le caractère général se traduit assez nettement par un instinct incoercible vers le bonheur. En vue de satisfaire au mieux cet instinct, l'homme incline à suivre ses appétits... Mais placé en face du monde qui le domine comme le tout domine la partie, rencontrant d'autre part les appétits concurrents et les activités rivales de ses semblables, peut-il agir dans le sens de ses instincts, suivant son libre caprice, qui lui ouvrît un champ illimité ? La nécessité et l'expérience s'accordent pour répondre négativement à cette question. Par la force des choses, en raison même de l'opposition et de l'incohérence des agitations individuelles, la conduite humaine a dû être assujettie à certaines règles[1]. »

Ce point de départ, on l'aperçoit, n'est autre, à

1. Gény, *Science et technique*, I, n° 14, pp. 43-45.

quelques nuances près, que celui de MM. May et Huc. Voyons maintenant les conséquences qui s'en dégagent.

Logicien averti, M. Gény, dans une autre partie de son ouvrage, rappelle, à propos des définitions juridiques, que toute définition d'une notion, doit, pour être complète, c'est-à-dire pour faire connaître par l'*essence* la compréhension de l'idée à fixer, renfermer dans sa formule ce que les philosophes appellent : 1° le *genre prochain*, et 2° la *différence spécifique* [1].

Appliquant implicitement ces principes fondamentaux à la notion de droit, objet de sa définition, M. Gény analyse alors successivement [2] :

1° Le *genre prochain* du droit : ce sont les diverses disciplines, religion, morale pratique, mœurs (politesse, bienséance, hygiène, décence, mode, voire même « préjugés sociaux ») qui, à l'égal de la notion de droit, s'expriment par des préceptes ou règles de conduite, et sont armées, les unes et les autres, de sanctions variées;

2° La *différence spécifique*. Qu'est-ce qui va distinguer le droit de la religion, de la morale, et des mœurs ? Ce sera, en premier lieu, la force de la *sanction* : sanction extérieure et au besoin coercitive, émanant de l'autorité sociale : « tendance à la contrainte », encore plutôt que contrainte effective,

---

1. *Id.*, *ibid.*, n° 52, p. 153. — LIARD, *Logique*, livre I, ch. IV, des notions et des termes ; la définition, p. 19.
2. GÉNY, *loc. cit.*, n°s 15 et 16, p. 45 à 51.

de manière à embrasser dans la définition le droit international public[1]. Ce sera, en second lieu, l'*idée du juste*, le *juste*, c'est-à-dire « le but même de l'organisation juridique », « notion primaire, irréductible et indéfinissable impliquant essentiellement, ce semble, non pas seulement les préceptes élémentaires de ne faire tort à personne (*neminem lædere*) et d'attribuer à chacun le sien (*suum cuique tribuere*), mais la pensée plus profonde d'un *équilibre à établir entre des intérêts en conflit, en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine* ». Et enfin, ce sera, en troisième lieu, l'*impératif catégorique* : « Les préceptes juridiques défient la discussion et l'appréciation personnelle et se traduisent en injonctions catégoriques. ».

Ayant ainsi analysé et dégagé genre prochain et différence spécifique, M. Gény résume sa définition dans la « formule d'école » suivante :

« Le droit se présente à nous comme l'*ensemble des règles auxquelles est soumise la conduite extérieure de l'homme dans ses rapports avec ses semblables, et qui, sous l'inspiration de l'idée naturelle de justice, en un état donné de la conscience collective de l'humanité, apparaissent susceptibles d'une sanction sociale, au besoin coercitive, sont ou tendent à être pourvues de pareille sanction, et d'ores et déjà se posent sous la forme d'injonctions catégoriques dominant les volontés particulières pour assurer l'ordre dans la société*[2]. »

---

1. Ce point de vue avait déjà été exposé par Aubry et Rau. Voir *suprà*, pp. 58 à 60 et les notes.
2. Gény, *loc. cit.*, n° 16, p. 51.

III

La définition de M. Gény appelle les observations suivantes :

1° Sa longueur, vraiment excessive, saute aux yeux : à coup sûr, elle n'est pas de celles que le Barbare de notre Introduction entendrait, sur un pied, sans s'irriter. Cette longueur est d'autant plus frappante que notre collègue, quelques pages plus haut, avait su, en deux lignes à peine, trouver une formule saisissante : « Qui dit droit dit *règlement imposé, sous une sanction sociale coercitive, à la conduite des hommes vivant en société*[1]. » Pourquoi donc, étant en si bon chemin, n'y avoir pas persévéré ?

2° Nous ne reviendrons pas sur d'autres critiques déjà présentées sous des définitions antérieures, notamment sous celle d'Aubry et Rau : le droit défini comme « ensemble de règles »[2], le droit limité aux relations entre humains[3], tout cela nous entraînerait dans les redites. Le lecteur s'y reportera.

3° L'intention formelle de M. Gény, de même que celle d'Aubry et Rau, était de tenter une définition de notre notion dominant les deux aspects secondaires du droit, sous lesquels, autrefois, on l'envisageait principalement : droit positif et droit naturel[4]. Mais pourquoi, ici encore, s'être arrêté à moitié

---

1. *Id.*, *ibid.*, n° 13 *in fine*,
2. V. *suprà*, pp. 65 à 67.
3. V. *suprà*, p, 60 et s.
4. Les premiers mots du paragraphe qui suit la définition (n° 17, p. 52) établissent très nettement la volonté de M. Gény à cet égard.

route ? pourquoi la précaution singulière de nous avertir, dans une courte note, que le droit, dont il va analyser la « norme », ce n'est « évidemment » que le droit « envisagé au sens objectif[1] »? A quoi répond une pareille limitation ? et en quoi la chose est-elle si *évidente* (lorsqu'il s'agit, comme c'est le cas, d'une définition générale) que notre auteur, toujours si scrupuleux, néglige, pour cette fois, d'expliquer sa pensée ?

A coup sûr, elle se comprendrait, si par cette expression, « droit objectif », il fallait entendre : la notion de droit envisagée *en soi*, comme *objet* direct de l'analyse[2]. Mais en s'appliquant à rechercher le but du droit, « le but même de toute organisation juridique, qui n'est autre que le *juste* »[3], pour l'insérer dans la définition unique à titre de caractère spécifique, M. Gény nous donne à penser qu'il attribue au terme « droit objectif » une signification analogue à celle qu'y attache M. Duguit[4] et que, suivant lui, droit objectif veut dire : droit envisagé au point de vue de son rôle social, de son origine historique, des fins de sa destinée; c'est le droit examiné au regard de la société, — à l'exclusion du point de vue opposé, le point de vue individuel, l'analyse des avantages de liberté et d'activité que le droit confère, ou plutôt reconnaît à l'homme, et que l'on dénomme, avec un peu de dédain, le *subjectif*.

Ceci posé, pourquoi se limiter à l' « objectif » ?

---

1. *Op. cit.*, I, p. 47, note 2.
2. Cf. *suprà*, 1re partie, ch. III, pp. 49-50 et les notes.
3. *Loc. cit.*, p. 49.
4. Voir *suprà* p. 49.

Comment se justifier, dans une définition générale, de ne pas tenir la balance égale, et de ne pas se placer à mi-distance, afin de pouvoir ensuite, en s'élevant, dominer les deux points de vue, désormais relégués au rang secondaire, ainsi qu'on le fait couramment pour le droit positif et le droit naturel ?

Cela paraît d'autant plus surprenant, que M. Gény, comme MM. May et Huc, avait adopté pour point de départ la liberté individuelle : cela résulte du passage initial de son analyse, que nous avons reproduit ci-dessus. Pourquoi donc cette déviation? et pourquoi la définition de notre auteur évite-t-elle, avec un soin qui ne peut être que voulu, de prononcer le mot de *liberté ?*

Sans doute, dans la définition de M. May, qui présente ceci de remarquable que l' « objectif » et le « subjectif » y sont également dominés, on peut discuter si la part de l'élément subjectif n'a pas été, en un sens, exagérée [1] : et c'est précisément l'écueil de toutes les définitions générales qui, au lieu d'*évoquer* simplement, comme celle de Bufnoir, les divers points de vue d'une notion, s'aventurent, un peu imprudemment peut-être, dans la description de l'un d'eux. Toutefois ce n'est pas une raison pour rejeter totalement ce point de vue, par une réaction excessive dont nous allons, dans un instant, montrer les dangers.

4° Reste une dernière objection. Pour différencier

1. On y retrouve des termes rappelant les théories du *Contrat social*, ou du quasi-contrat social, qui ne sont pas admises par tout le monde (V. notamment Duguit, *l'Etat*, I, pp. 38-39 ; Charmont, *op. cit.*, p. 152).

spécifiquement le droit d'avec les « normes » de la religion, de la morale ou des mœurs, M. Gény fait appel à la notion de justice. « Cette notion se distingue aisément, dit-il, tant des notions du beau et du vrai, qui répondent à de tout autres concepts, que, même encore, de celles du divin et du bien, qui suggèrent les règles, soit de la religion, soit de la morale. Elle est peut-être plus difficilement séparable de l'idée d'utilité qui, inspirant largement les règles des mœurs, semblerait pouvoir intervenir aussi, pour mettre en œuvre l'idée de justice, en dirigeant l'estimation réciproque des intérêts, que le droit a pour mission de concilier. A parler net cependant, nous absorbons l'utilité dans la justice en vue de rattacher à un idéal supérieur le principe de solution des conflits d'intérêts, et il paraît préférable, si l'on veut maintenir cet idéal dans sa pure intégrité, de laisser à l'idée du juste le privilège d'en remplir exactement le contenu [1]. »

Que de controverses soulevées !

Pour s'en rendre compte, il suffit d'ouvrir le dernier livre de notre excellent collègue et ami R. Demogue, au chapitre où il analyse les multiples aspects sous lesquels on a présenté cette notion du juste à laquelle M. Gény se rattache [2] : on verra sur quel terrain mouvant nous transporte sa définition ; et le commentaire dont M. Gény l'accompagne, mélangeant le juste et l'utile, ne fait qu'accentuer la confusion. De plus, cette même notion de justice,

1. Gény, *op. cit.*, pp. 50-51.
2. *Les notions fondamentales du droit privé*, précité, p. 119 et s. Cf. *suprà*, 1re partie, ch. I, p. 10 et note 6.

M. Demogue en fait une « idée seconde[1] », un « simple concept formel servant à en compléter d'autres[2] ». Comment donc accorder tout cela ?

En tous cas, il est une chose indéniable : c'est que les religions, la morale, les mœurs, dans la conception ou l'organisation des sanctions qui leur sont propres, n'ont jamais cessé, elles aussi, de se réclamer de l'idée du juste. S'il en était autrement, pourquoi donc les sanctions d'outre-tombe furent-elles toujours représentées aux hommes sous les dehors d'une même allégorie, depuis le tribunal des Enfers où siégeaient les juges incorruptibles, jusqu'à cette scène redoutable annoncée par l'*Apocalypse* et décrite au chapitre xxv de l'Évangile de saint Matthieu ? Jordaëns au Louvre, Rubens à la Pinacothèque, Michel-Ange, surtout, dans la fresque de la Sixtine où « le sublime confine à la démence[3] », sont parvenus, sur la vision d'un dogme, à exprimer une figure de la Justice que peut encore contempler avec envie l'art — hélas ! si conventionnel, — inspiré jusqu'ici par le droit.

---

1. *Id.*, *ibid.*, p. 131.
2. *Ibid.*, p. 132.
3. S. Reinach, *Apollo*, p. 203.

CHAPITRE III

LA DÉFINITION PAR LE BUT

(DÉFINITION « SOCIOLOGIQUE »)

Les définitions que nous venons d'examiner étaient des définitions complètes, c'est-à-dire proposées avec l'intention de fournir, dans son intégralité, et par tous ses éléments essentiels, la connaissance de la notion de droit; et c'est précisément à ce titre que les jurisconsultes qui s'y sont essayés y tenaient plus ou moins compte, *entre autres éléments* du but, du rôle social, du fondement ou de l'origine du droit.

Faisons maintenant un pas de plus. Un nouveau groupe de définitions va solliciter notre attention. Mais ici, ce ne sont plus, comme précédemment, des définitions complètes *tenant compte* du but du droit : ce sont des définitions dont les auteurs, analysant ce but lui-même, et s'efforçant de le préciser, en arrivent, comme conclusion de leurs recherches, à formuler une définition du droit *définissant le droit par son but*.

On pourrait s'imaginer *a priori*, en pénétrant dans ce nouveau champ d'investigations, que nous de-

vrions nous attendre à y rencontrer des définitions en grand nombre. Car c'est exactement sur ce terrain que les diverses écoles philosophiques rappelées au début de cette étude (utilitaire, sociologique, idéaliste, positiviste, etc.), se sont, au cours de ces dernières années surtout, livrées aux plus abondants travaux. Il semblerait tout naturel, en conséquence, que chacune de ces diverses écoles, et, dans chaque école, chaque écrivain, partant de la conception qui lui est propre, formulât sa définition.

La réalité est toute différente. Et la cause peut s'en trouver peut-être dans le fait que les écrivains en question sont des philosophes et des sociologues plutôt que des juristes de profession.

Non pas que cette catégorie de savants répugne aux définitions, ou doive y être déclarée inhabile ! Une pareille interprétation trahirait notre sentiment, et nous montrerons au contraire, par la suite, que l'on ne peut utilement se prononcer sur la définition unique du droit sans recourir aux principes de méthode établis par la philosophie. Mais le droit n'est pas leur vrai domaine[1], et certains d'entre eux y apportent un état d'esprit particulier ou des habitudes personnelles de pensée très éloignées de celles des juristes.

Plusieurs exemples illustreront notre assertion.

---

1. Voir notamment chez M. Gaston Richard (*la Sociologie juridique et la défense du droit subjectif*, *Revue philosophique*, 1912, t. LXXIII, p. 226) la satisfaction très sincère, et manifestement de bon aloi, avec laquelle cet auteur salue l'apparition du livre de M. L. Duguit (*l'État, le droit objectif et la science positive*) « parce qu'il est écrit par un juriste ».

§ 1. — Les philosophes.

I

Le plus grand nom de l'école utilitaire est, à côté de celui de son disciple Stuart Mill, celui du philosophe Bentham. Juriste, Bentham ne l'était guère, encore qu'il eût fait des études en vue de s'exercer au barreau, et que son admirateur Étienne Dumont, qui édita Bentham en langue française, le qualifiât de « jurisconsulte anglois » sur les œuvres qu'il publiait[1]. Un récent biographe de Bentham nous apprend qu'il avait horreur du droit appliqué[2]; et quant à ce qui est du droit naturel, nous savons, tant par la critique acerbe qu'il fit de la Déclaration des droits de l'homme, que par maints passages de ses livres[3], ce que le philosophie en pensait.

Bentham nous a-t-il, au moins, laissé une définition du droit inspirée de ses théories philosophiques utilitaires? Des nombreux écrits qui composent son œuvre immense[4], deux de ses plus importants ouvrages, consultés sur ce chapitre, l'*Introduction aux*

---

1. « *Traités de législation civile et pénale* précédés des *Principes généraux de législation*, par M. Jérémie Bentham, jurisconsulte anglois, publiés en français par Étienne Dumont de Genève. » Paris, an X, 1802, 3 vol. in-8. — Beudant, au nom des juristes, proteste contre la qualification de « légiste » donnée à Bentham par Jouffroy (*le Droit individuel et l'Etat*, 2e éd., n° 117, p. 184).

2. Élie Halévy, *la Formation du radicalisme philosophique*, t. I, *la Jeunesse de Bentham*. 1901, p. 36 et 56.

3. *Principes de législation*, éd. Dumont, t. I, p. 136. Cf. Beudant, *loc. cit.*, p. 177.

4. Édition anglaise Bowring, 11 volumes in-8, 1838-1843.

principes de morale et de législation [1] et les *Traités de législation civile et pénale* [2] fournissent une réponse négative.

Dans le premier, Bentham, qui sait définir quand il le veut, formule, d'après son système, une définition très claire de la morale [3], à côté de laquelle il situe, non le droit, mais la législation; confondant ensemble les deux notions beaucoup moins qu'on ne l'a prétendu [4], il oppose l'une à l'autre la législation et la morale en plusieurs endroits de son livre [5], puis définit la jurisprudence [6] : mais, de définition du droit, point.

Dans les *Traités de législation*, l'auteur développe sa conception du droit. Il part des idées de liberté, de retranchement à la liberté [7], et précise l'objet du gouvernement, « qui doit être le plus grand bonheur possible de la communauté » ; dressant le « catalogue des plaisirs et des peines », il considère que, le soin de sa jouissance devant être laissé presque entièrement à l'individu, « la principale fonction du gouvernement est de protéger l'individu contre les peines » : dès lors, « le gouvernement remplit cet

---

1. *Introduction to the principles of morals and legislation*, 1789, éd. anglaise Bowring, t. I.

2. *Op. cit. suprà.*

3. « La morale, au sens large, peut être définie : l'art de diriger les actions des hommes en vue de la production de la plus grande quantité possible de bonheur pour ceux dont l'intérêt est en vue. » (*Introduction*, ch. XIX, § 1, alinéa 2, éd. Bowring, t. I, p. 142.)

4. CHARMONT, *op. cit.*, p. 100.

5. *Introduction*, ch. XIX, § 1, al. 8 (Bowring, I, p. 144) et al. 20 (Bowring, p. 148). Cf. *Principes de législation*, éd. Dumont, t. I, p. 98 et s.

6. *Id.*, ch. XIX, § 2 (Bowring, I, p. 148).

7. *Traités de législation*, t. II, *Principes du Code civil*, ch. I, Des droits et obligations, p. 1 et s.

objet en créant des droits qu'il confère aux individus »; toutefois, la loi ne pouvant créer de droits qu'en créant des obligations correspondantes, « le citoyen ne peut acquérir des droits que par le sacrifice d'une partie de sa liberté », et « le gouvernement s'approche de la perfection à mesure que l'acquisition est plus grande et le sacrifice plus petit[1] ». Voilà, dira-t-on, une théorie du droit qui se tient, déduite du fond même de la philosophie de Bentham. Pourquoi ne pas l'avoir coulée au moule d'une définition ?

La raison, Bentham nous permettra de l'apercevoir dans un troisième de ses écrits, dans les *Principes de législation* qui précèdent les *Traités de législation civile et pénale* (édition française d'Étienne Dumont)[2]. Sous la rubrique suggestive d'un chapitre intitulé : « Exemples des fausses manières de raisonner en matière de législation[3] », et d'un paragraphe portant en exergue : « Définition arbitraire n'est pas raison[4] », le philosophe utilitaire débute ainsi : « Rien n'est plus commun parmi les Jurisconsultes et les Écrivains politiques, que de fonder des raisonnements et même de construire de longs ouvrages sur des définitions purement arbitraires... Montesquieu lui-même est tombé dans ce vice de raisonnement, dès le début de son ouvrage. Voulant définir la Loi, il procède de métaphore en métaphore : il rapproche les objets les plus disparates,

1. *Id.*, *ibid.*, p. 4 et s.
2. *Op. cit. suprà*, t. I, p. 1 et s.
3. Ch. XIII, p. 108.
4. § 4, p. 110 et suiv.

la Divinité, le monde matériel, les Intelligences supérieures, les bêtes et les hommes. On apprend enfin que *les lois sont des rapports et des rapports éternels*. Ainsi la définition est plus obscure que la chose à définir. Le mot *loi*, dans le sens propre, fait naître une idée passablement claire dans tous les esprits : le mot *rapport* n'en fait naître aucune. Le mot *loi*, dans le sens figuré, ne produit que des équivoques, et Montesquieu, qui devait dissiper ces ténèbres, les redouble. » — Et Bentham, après avoir critiqué la célèbre formule de l'auteur de *l'Esprit des Lois* (que, sous l'inspiration de Portalis, le projet de titre préliminaire du Code civil avait reprise)[1], conclut dans les termes que voici : « Ce premier chapitre de Montesquieu a produit bien du galimathias. On s'est creusé l'esprit pour chercher des mystères métaphysiques où il n'y en a point... Suivre des rapports et confondre des rapports, c'est ce que je n'entends point du tout. Ces termes abstraits n'excitent en moi aucune idée, ne réveillent aucun sentiment. Je suis d'une indifférence absolue sur les *rapports* ; je ne m'intéresse qu'au *bien* et au *mal*[2]. »

Quand on aura lu ces passages, on ne s'étonnera plus de voir que le fondateur de l'utilitarisme, bien qu'en possédant tous les éléments[3], n'ait pas cru

---

1. « La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre. » (*Esprit des lois*, liv. I, ch. III.)

2. *Loc. cit.*, p. 112.

3. Voir notamment les mêmes *Principes de législation*, p. 135, sur l'opposition du droit positif et du droit naturel, et la *Vue générale d'un corps complet de législation*, même volume, p. 141 et s. (V. spécialement p. 147 et note 1, sur le droit « inter-national ».)

devoir nous léguer, condensant ses théories sociales, une définition du droit.

II

Autant la définition du droit est volontairement écartée dans Bentham, autant, au contraire, au premier abord, elle semblerait en particulier honneur chez l'un des sociologues contemporains les plus qualifiés, M. Gaston Richard, professeur de philosophie, auteur d'une très intéressante thèse de doctorat ès lettres sur l'origine de l'idée du droit, soutenue en Sorbonne il y a vingt-cinq ans[1].

Quand on ouvre cette remarquable étude au point de vue particulier qui nous occupe, un espoir naît dès les premières pages : M. Gaston Richard est un auteur qui définit. Malheureusement, dans cet ouvrage de début (le distingué sociologue s'en est fort bien corrigé depuis), M. Richard cède à l'entraînement de définir trop, et trop souvent. Il est vrai que ses définitions sont entourées de réticences, de restrictions qui en limitent la portée. L'auteur ne dit pas : « La fin sociale est... », « le droit est... », mais écrit : « Il n'est pas douteux que... », « la fin sociale n'est autre que... », « le droit exprime...[2] », et ainsi de suite, jusqu'aux conclusions finales où nous trouvons une formule, dite « formule du devenir du droit[3] », et une définition du droit incluse dans une

1. *Essai sur l'origine de l'idée du droit*, Paris 1892.
2. *Ubi suprà*, pp. 1 à 5.
3. « La transformation du caractère égoïste sous l'action des jugements collectifs, telle est la formule du devenir du droit » (p. 244).

proposition incidente si singulièrement précédée d'un « c'est-à-dire », que sur sa portée exacte on ne sait vraiment quoi penser[1]. Trop de définitions à tout propos équivaut à l'absence de définition. La meilleure définition du droit d'après les idées exposées par M. Gaston Richard n'a pas été trouvée par lui, mais par un juriste, notre excellent collègue de Montpellier M. Charmont qui, résumant et commentant ces idées, a su en dégager une formule saisissante de précision et de clarté[2].

III

Définition métaphysique de Kant. — Il est cependant un philosophe qui nous a légué une définition du droit, un philosophe qui a joui en France au dix-neuvième siècle[3] et qui y bénéficie encore d'une autorité telle, que peut-être est-ce parce qu'il avait parlé sur ce point que les autres ont cru devoir se taire, ou simplement commenter sa pensée. Ce philosophe, c'est Kant.

Dans un de ses derniers ouvrages (il mourut en

---

1. « Notre tâche était de chercher comment l'expérience peut engendrer une notion déterminée du droit, *c'est-à-dire* de la contrainte à des devoirs qu'avant même d'en connaître la nature nous pressentons *à priori* être exigibles » (p. 247).

2. « Le droit est donc l'ensemble des moyens à l'aide desquels chaque groupe se protège contre les troubles suscités par certains de ses membres ou l'hostilité des autres groupes, en réduisant la concurrence vitale au minimum indispensable. » (CHARMONT, *op. cit.*, ch. v, Ecole sociologique et positive, pp. 120-121.)

3. Un disciple de M. Bergson, M. René Gillouin, n'hésite pas à écrire qu'aux environs de 1880, en France, le Kantisme était « la doctrine officielle de l'Université. » (*Henri Bergson, sa philosophie*, Collection des grands philosophes français et étrangers, p. 8. V. aussi *Kant, sa philosophie*, même collection, p. 32.)

1804), Kant a cru devoir exprimer ses idées personnelles sur le droit. Cet ouvrage est intitulé : *Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit*, et date de 1797[1]. L'examen de la question de savoir quelle place occupe cette publication dans l'ensemble de l'œuvre de Kant, et comment les idées qu'il exprime sur le droit s'accordent avec les principes généraux de son système philosophique, si intéressant soit-il, ne rentre pas dans le cadre de la présente étude[2]. Ce que nous avons à analyser ici, c'est la formule de définition du droit proposée par Kant, accompagnée des considérations qui l'ont inspirée et des déductions qui en ont été tirées, notamment par ses disciples. On apercevra, par la suite, combien cette analyse était d'importance pour l'aboutissement de la recherche qui fait l'objet du présent travail.

C'est dans une brève introduction placée en tête de sa Doctrine du droit et divisée en cinq paragraphes (A, B, C, D, E)[3], que Kant, au deuxième de ces paragraphes (§ B) pose, dans la rubrique même de

---

1. Il forme la première partie d'un Traité intitulé *la Métaphysique des mœurs*, dont la 2e partie est consacrée aux *Premiers principes métaphysiques de la doctrine de la vertu*. Le meilleur texte est actuellement celui de la réédition des œuvres complètes de Kant entreprise par l'Académie des sciences de Berlin en 1900, dans laquelle la *Métaphysique des mœurs* figure au tome VI (1907). Les diverses traductions françaises (Barni, Tissot) qui en ont été données au dix-neuvième siècle sont très défectueuses au point de vue de la précision juridique. Voir aussi l'édition latine (*Elementa metaphysica juris doctrinæ*) publiée à Amsterdam en 1799.

2. Voir notamment Beudant, *le Droit individuel et l'État*, nos 87 et s., p. 138 et s.; Charmont, *op. cit.*, p. 55 et s. — L'étude des idées juridiques contenues dans *les Premiers principes métaphysiques de la doctrine du droit* mériterait d'être reprise aujourd'hui par un juriste.

3. Édition académique allemande précitée, t. VI, p. 229 et suiv.

ce paragraphe, la question : *Qu'est-ce que le droit ?*

Avant d'y répondre en formulant sa définition, Kant expose : 1° Comment il entend la question; 2° par quelle méthode il dégagera la réponse.

1° « *Le juriste*, dit-il, qui ne veut pas tomber dans une tautologie, ou renvoyer aux lois positives en vigueur dans un pays déterminé à un moment également déterminé, pourrait se trouver aussi embarrassé par cette question que le logicien par cette autre : *Qu'est-ce que la vérité ?* Il pourra bien nous apprendre ce qui appartient au droit (*quid sit juris*), c'est-à-dire ce que, dans un certain lieu et dans un certain temps, les lois prescrivent ou ont prescrit; mais quant au point de savoir si ce que ces lois prescrivent est droit, et quel est le critérium universel qui permet en général de déterminer le droit aussi bien que le non-droit (*justum et injustum*), c'est ce qu'il ne peut établir, s'il ne se dégage momentanément de ces règles empiriques, et si (tout en se servant pour cela de ces lois comme d'un excellent fil conducteur), il ne cherche la source de ses jugements dans la raison pure comme dans l'unique fondement de toute législation positive possible. Une doctrine du droit purement empirique peut être (comme la tête de bois dans la fable de Phèdre) une fort belle tête, mais hélas ! sans cervelle [1]. »

2° La question ainsi posée sur le terrain de la raison pure, quelle méthode déterminera la réponse ? Cela va être, non pas une méthode de circonstance,

---

1. Éd. acad. précitée, p. 229, 230. Cf. trad. Barni (*Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, 1854), pp. 42-43.

mais la méthode générale appliquée par Kant aux notions relevant de la « métaphysique ». On sait ce qu'il entendait par ce dernier mot (il le rappelle lui-même, quelques pages plus haut, dans la préface introductive à la *Métaphysique des mœurs*)[1] : « un système de connaissances *a priori* fondées sur de simples concepts ». On connait également son principe de définition, consistant à extraire de la raison pure le concept dans la forme même où il s'y présente[2]. C'est cette méthode que Kant applique à la notion de droit. Cela résulte, non seulement de la manière dont, pour en dégager sa définition, il analyse dans sa *forme* le rapport engendré par le droit entre deux individus considérés[3], mais aussi de la note ajoutée par lui, après coup, à la suite du dernier paragraphe (§ E), de cette Introduction, où la définition qu'il vient de formuler est appréciée par lui en ces termes : « C'est en quelque sorte la *construction* du concept du droit, c'est-à-dire l'exhibition qu'en forme notre esprit dans une intuition pure *a priori*[4]. » Et il montre que le procédé employé ici par lui n'est pas différent de celui que la raison met en œuvre pour construire les concepts mathematiques. « La raison, conclut-il, a eu soin de pourvoir, autant que possible, l'entendement d'intuitions *a priori*

---

1. Ed. acad., p. 216, lignes 28-29 ; trad. Barni, p. 22 *in medio* (Cf. introduction du traducteur, p. I, note 1).

2. René Gillouin, *Kant, sa philosophie*, p. 22 et s. Sur le *formalisme* de la morale de Kant, voir Victor Delbos, *Essai sur la formation de la philosophie pratique de Kant*, 1903 (thèse Lettres), notamment p. 150 et suiv.

3. Éd. acad., t. VI, p. 230, lignes [illegible] ; trad. Barni, p. [illegible]

4. Ed. acad., t. VI, p. 232, lignes [illegible] ; trad. Barni, p. [illegible]

qui permettent de construire le concept du droit[1]. »

Tel est l'ensemble de considérations dont Kant paraît s'être inspiré dans la définition que, dès lors, à la fin de son deuxième paragraphe, il libelle ainsi : « *En conséquence, le droit est la notion qui se dégage des conditions sous lesquelles la faculté d'agir de chacun peut s'accorder avec la faculté d'agir d'autrui d'après une loi universelle de la liberté*[2]. » Après quoi, dans les paragraphes qui suivent, Kant analyse les éléments constitutifs du droit : la règle ou maxime (qu'il oppose à celle de l'Éthique à raison de son caractère « extérieur[3] »), et la contrainte[4]; il termine en proposant une variante de sa définition, partant de l'idée de contrainte au lieu de partir de l'idée de liberté, par une sorte de réciproque imitée des sciences mathématiques[5].

En présence de cette définition de Kant et des considérations qui l'ont inspirée, une pensée viendra

---

1. Ed. acad., t. VI, p. 233, lignes 9 à 11; trad. Barni, p. 47.

2. Ed. acad., t. VI, p. 230, lignes 24 à 26 ; trad. Barni, p. 43 *in fine* (cf. une autre formule de traduction, dans l'Introduction du traducteur, p. xii *in med.*)

3. Ed. acad., t. VI, p. 230; trad. Barni, pp. 44-45. Sur cette distinction entre le droit et la morale, cf. le commentaire du traducteur (Introd. du traducteur, p. iv et v.) Il est assez curieux de noter ici que la distinction entre le droit et la morale ainsi établie par Kant en se fondant sur le caractère *extérieur* ou *intérieur* de la règle qui en impose les lois, semble appelée à reprendre une certaine actualité. Le critérium adopté tout récemment par le dernier auteur qui ait écrit sur la matière, M. Bonnecase, revient en somme au critérium kantien (*la « notion de droit » en France au XIX siècle*, précité, *Revue générale du droit*, 1915, pp. 330 à 334 et spécialement pp. 330-331, note 1). Cf. *suprà*, p. 68, note 1.

4. § D, éd. acad., t. VI, p. 231 ; trad. Barni, p. 45.

5. § E, éd. acad., t. VI, p. 232; trad. Barni, p. 46 : (que le droit pourrait strictement être représenté comme une contrainte universelle et réciproque s'accordant avec la liberté de chacun).

à l'esprit du lecteur : comment une définition de ce genre peut-elle être envisagée comme une définition du droit définissant le droit par son but ?

Certes, à s'en tenir aux motifs exposés par Kant, rien n'autoriserait à y voir autre chose qu'une définition *formelle*. Et pourtant, elle est devenue le centre de toute une école philosophique concernant le but du droit.

Voici pourquoi. Dans les termes employés par Kant, il en est un qui outrepasse les éléments strictement *formels* du droit, un terme *évocateur*, celui que nous avons rencontré dans la définition de Bufnoir : le terme de « liberté ». C'est ce mot qui, adjoint à la définition formelle, y ajoute, en substance, l'idée de la finalité dans le droit.

Cette adjonction, certes, n'a rien que de très légitime, quand on adopte pour principe que la définition du droit, à côté des éléments formels, doit *tenir compte*, dans une certaine mesure, du but du droit, ainsi que nous l'avons vu dans les définitions examinées au chapitre précédent.

Mais était-ce bien l'intention de Kant ? ne semble-t-il pas, à l'inverse, que toute sa volonté ait tendu à réduire sa définition aux éléments rationnels les plus stricts ?

Quoi qu'il en soit des intentions du philosophe de Königsberg, — intentions rendues encore plus impénétrables par le langage obscur et « scolastique » dont il usait consciemment[1], — sa définition a été

1. Voir sur ce point la profession de foi de Kant dans sa Préface de la 1re édition de la *Doctrine du droit*, éd. acad., t. VI, p. 206, ligne 4 et s.; trad. Barni, p. 4 et s.

interprétée par ses disciples comme une véritable définition « par le but ».

Replaçant cette définition dans le cadre général de la doctrine morale de Kant, ils y ont vu la traduction expresse du fameux principe de l'humanité « fin en soi ». Le but du droit consisterait à fixer les conditions dans lesquelles la liberté de chacun peut *coexister* avec la liberté de tous. *La maxime de la coexistence*, telle serait alors l'expression de la doctrine « kantienne » du droit : la définition ci-dessus en constituerait, et l'émanation, et le couronnement[1].

Telle fut l'interprétation des successeurs immédiats de Kant, et la base de toute la métaphysique du droit qu'ils en dégagèrent par la suite[2]. Était-elle conforme à la pensée du maître, ou bien l'ont-ils outrepassée ? Il est difficile de le dire. Mais il est permis d'affirmer qu'en replaçant cette définition dans un ensemble de doctrines concernant le but du droit, au lieu de l'en isoler, au contraire, et d'en accentuer le caractère strictement formel, les disciples du grand philosophe ont été fâcheusement inspirés.

On se rappelle, en effet, ce qu'il advint : c'est contre cette école de Kant que se dressa, dès 1814, le manifeste éclatant de Savigny ; c'est d'elle que triompha l'école historique, avec le retentissement que l'on sait. Nous n'avons pas à retracer cet épisode, célèbre

---

1. Voir les nombreux ouvrages cités par M. TANON, président à la Cour de cassation (*l'Évolution du droit et la conscience sociale*, 1900), p. 4, note 1 et p. 8, note 1. Cf. BEUDANT, *Droit individuel*, n° 89, p. 142.

2. Voir pour l'analyse de cette théorie, TANON, *op. cit. suprà*, p. 4 et s.

dans les annales de la philosophie du droit. Toutefois nous allons avoir à faire une remarque. Recherchant maintenant, non plus chez les philosophes, mais chez les juristes professionnels, la définition du droit par son but, nous allons voir que c'est par une critique adressée à l'école des disciples de Kant ou à la définition métaphysique que ceux d'entre eux qui, examinant le problème du but du droit, aboutissent à une définition, ont tous invariablement commencé.

Il en est ainsi notamment de M. le Président Tanon[1], et d'autre part, de M. Léon Duguit, dont précédemment déjà, nous avons effleuré les théories, dans la partie du présent travail consacrée aux définitions multiples[2]. Et il en est ainsi, également, d'Ihering.

§ 2. — Les juristes.

En abordant l'examen de la « définition par le but » chez les juristes, une observation s'impose.

Les doctrines sur le rôle social du droit que nous allons rencontrer à présent, celles de MM. Tanon et Duguit, — pas plus que nous ne l'avons fait pour celles de MM. May, Huc et Gény — nous n'entendons les apprécier *au fond*. Il n'en saurait être autrement que si les déductions de notre recherche nous conduisaient à estimer que, décidément, le rôle social du droit devrait servir de base à la définition unique : auquel cas, il nous serait alors dicté de pe-

1. Tanon, *ubi suprà*, p. 1 et s.
2. V. *suprà*, Ire partie, ch. III *in fine*.

ser chacune de ces doctrines, afin de pouvoir prendre parti. Mais nous n'en sommes point encore là, et, d'ailleurs, l'on nous verra, dans quelques pages, discutant sur le terrain de la logique, repousser une semblable solution. Nous n'avons donc ici à viser, pour l'instant, qu'une pure question de *méthode*. Ce que nous allons examiner exclusivement, c'est par quel processus de pensée MM. Tanon et Duguit furent amenés à nous proposer, pour définition unique du droit, une définition par le but. Et c'est pour des motifs identiques qu'il nous paraît également indispensable — bien qu'ayant, dès le début, limité notre champ à la littérature juridique française[1] — d'intercaler entre nos deux auteurs la critique de la « définition par le but » d'Ihering; dans le présent chapitre, l'omission systématique d'un juriste dont le grand ouvrage sur le *But dans le droit* termina la longue carrière constituerait, au point de vue scientifique, une lacune qui ne saurait se justifier.

I

Définition de M. Tanon. — Ainsi que nous venons de le dire, M. Tanon part d'une critique primordiale qu'il adresse à l'école du droit naturel telle qu'elle s'était maintenue en Allemagne jusqu'au milieu du dix-neuvième siècle, par l'effort des disciples de Kant, et qui fondait tout l'édifice juridique

1. Sur les autres doctrines et définitions proposées en Allemagne, on trouvera tous les détails dans le dernier fascicule de M. Gény, *Science et technique*, II (1915). Voir aussi Korkounov, trad. Tchernoff, précitée.

sur l'idée, attribuée à Kant, d'après laquelle « le droit aurait pour but la détermination des conditions sous lesquelles la liberté de chacun peut coexister avec la liberté de tous », idée qui, par la suite, fut désignée, nous l'avons vu, sous le nom de « maxime de la coexistence ».

Quelle critique M. Tanon adresse-t-il à cette maxime? Il est essentiel de l'enregistrer ici.

« Il n'y a, dit M. Tanon, aucune difficulté à reconnaître que le droit consiste dans la liberté de chacun limitée par la liberté de tous. Mais il s'agit de savoir quelles sont ces limites, car ce sont elles qui font précisément l'objet de tous les préceptes juridiques quelconques. — Or, la formule ne dit rien à cet égard ; *elle laisse indéterminé le contenu du droit*, Elle ignore les rapports nécessaires de la vie, qui peuvent cependant seuls servir de base rationnelle au règlement des limitations réciproques des actions des hommes ; et le droit naturel, à sa suite, affecte de n'en tenir aucun compte. La liberté, telle qu'elle la définit, n'est, comme on l'a très bien dit, qu'une sphère extérieure, un espace spirituel vide. — *En dehors de sa signification purement formelle*, cette formule n'a, en réalité, pour le fondement du droit, d'autre valeur que celle de la reconnaissance du dogme politique du dix-huitième siècle[1]... »

Pour préciser, dès lors, le « contenu » du droit, M. Tanon détermine le but spécifique du droit. Le droit, suivant lui, a pour but, non pas seulement

1. *L'évolution du droit et la conscience sociale*, 1900, p. 8.

UNIVERSITAS

comme le voulait la doctrine kantienne, d'assurer la simple *coexistence* des hommes vivant en société, mais d'assurer tout ensemble leur coexistence et leur *coopération*, la coopération étant, en effet, la condition essentielle et caractéristique de toute société, si imparfaite qu'elle soit[1]. Et après avoir analysé les rapports de coopération visés dans sa conception, et montré à quel point ils répondent à la conscience commune, M. Tanon aboutit à la formule suivante[2] :

« La conception de l'ordre juridique, que nous nous sommes efforcés de dégager dans cette étude, assigne pour but au droit *la détermination des rapports obligatoires de coexistence et de coopération des hommes entre eux, en accord avec leurs intérêts individuels et collectifs et avec les idées de justice fixées dans la conscience sociale.* »

II

Définition de Ihering. — C'est par un processus de pensée analogue à celui qui se rencontre chez le Président Tanon que Ihering a évolué, lui aussi, d'une définition qu'il qualifie de « formelle » à la définition qui, seule, compte à ses yeux, la définition par le « contenu », c'est-à-dire par le « but » (*Zweck*) que le droit a pour mission de poursuivre et d'atteindre.

A n'examiner l'œuvre de Ihering que dans son

1. *Ibid.*, p. 65.
2. *Ibid.*, p. 158.

développement chronologique, on pourrait estimer que c'est la définition du droit sur laquelle se termine l'*Esprit du droit romain*[1] qu'il conviendrait d'étudier ici en premier lieu. Cette définition célèbre, qui représente les droits comme *des intérêts juridiquement protégés*[2], a bien été posée « en contemplation » du but du droit : cela ressort des termes employés par Ihering, dans les considérations générales sur lesquelles il appuie sa définition[3]. De plus, comme le fut, après lui, M. Tanon, Ihering a été amené à sa définition par une réaction contre la doctrine dégagée de la définition de Kant par ses disciples en Allemagne[4].

---

1. *Esprit du droit romain*, livre II, 2e partie, titre I, ch. I : définition du droit, §§ 70 et 71, trad. de MEULENAERE, t. IV, p. 317 et s.

2. Trad. MEULENAERE, t. IV, p. 328. Cette définition a été reprise en France, avec quelques modifications, par M. L. MICHOUD, *Théorie de la personnalité morale*, 1906, t. I, n° 48, p. 102 et s. Au sujet de cette définition, présentée par son auteur comme une définition, non de la notion de droit, mais simplement du droit *subjectif*, voir notre observation *suprà*, page 36, note 2.

3. « La volonté n'est point *le but* et la force motrice des droits... Deux éléments constituent le principe du droit : l'un *substantiel*, dans lequel réside le *but pratique* du droit et qui est l'utilité, l'avantage, le gain assuré par le droit. » (*Esp. dr. rom.*, *loc. cit.*, trad. MEULENAERE, IV, pp. 327-328). « Le *but* est le même pour tous les droits, soit qu'ils concernent les choses, soit qu'ils se rapportent aux personnes. Tous doivent nous procurer un service, une utilité, un avantage ; la liberté aussi bien que la propriété, le mariage aussi bien que l'obligation. Point de droit sans but et sans utilité... » (*Id.*, *ibid.*, p. 329 *ab initio*.).

4. Le § 70 de l'*Esprit* *droit romain* débute, en effet, par une critique de la théorie de la coexistence. Ihering la juge insuffisante, comme ne contenant qu' « une indication de la manifestation *extérieure du droit* » ; or, dit-il, « quand on pose la question : qu'est-ce que le droit ? nous de ons exiger que la réponse porte sur l'essence intime du droit ». Les définitions inspirées par la maxime de la coexistence inspirent à Ihering la comparaison suivante : « A l'aide de pareilles définitions, on change un thaler-argent contre un thaler-papier, et on est aussi avancé qu'auparavant. Qu'est-ce que le droit ? la *faculté* d'agir, etc. ; voilà le thaler-papier,

Toutefois ce n'est pas à cette définition qu'il faut s'arrêter tout d'abord, bien qu'elle soit la première en date. Elle n'a, dans l'ensemble de l'œuvre d'Ihering, que la valeur d'une pierre d'attente. En effet, de même que Kant dans sa *Métaphysique des mœurs*, Ihering a cru devoir couronner son œuvre par un grand Traité en deux parties, correspondant assez exactement à la *Doctrine du Droit* et à la *Doctrine de la vertu* de Kant, sous le titre fameux : *le But dans le droit*[1]. C'est là qu'il convient d'aller rechercher sa pensée tout entière ; c'est là que nous allons rencontrer la vraie « définition par le but » d'Ihering. Au surplus, Ihering lui-même se verra obligé, par le cours même de ses idées, de revenir à sa définition première afin de tâcher, si possible, de la concilier avec la nouvelle. Et c'est précisément de cette confrontation de ses deux définitions « par le but » et de la hiérarchie qu'il tentera d'établir entre elles que jaillira, dans un aveu même du jurisconsulte, une indication très précieuse pour la suite de notre étude : amené par la logique à donner un qualificatif à sa dernière définition, il sera conduit à admettre qu'elle constitue proprement une définition *sociologique*.

Dans le chapitre où il se propose de définir le

Qu'est-ce que la *faculté ?* Le *droit* d'agir ; voilà qu'on nous rend le thaler-argent. — Ce sont là des définitions dans lesquelles on se borne à changer les mots sans traduire les idées. » (*Esp. dr. rom.*, trad. MEULENAERE, IV, p. 317 et p. 318, note 486.)

1. *Der Zweck im Recht*, 1re éd., 1877 ; 3e éd., 1893. — Traduction française, 1901 (assez éloignée du texte allemand), par de MEULENAERE, sous le titre l'*Evolution du droit*, qui déforme complètement celui d'Ihering, et dissimule la thèse que le titre allemand prétend, au contraire, énoncer : « le but dans le droit ».

droit par son but, Ihering prend pour point de départ une définition qu'il donne comme « courante » de son temps, et qui n'est autre, à quelques termes près, que la définition de Zachariæ : « *Le droit est la notion qui s'inscrit*[1] *dans les règles emportant coercition*[2], *en vigueur à l'intérieur d'un État.* » Les deux principaux éléments de cette définition sont, dit-il, la *règle* et la *coercition;* il ajoute (ainsi que l'entendait Zachariæ) que ce sont, seules, les règles dont le propre est d'entraîner la contrainte, qui constituent la caractéristique de la notion de droit. Enfin, il termine son commentaire en insistant (à la différence de Zachariæ) sur l'importance essentielle qu'il attache à voir figurer dans la définition la mention de l'État, car, conclut-il par ces mots souvent cités : « L'État est la source exclusive du droit[3]. »

Pourquoi Ihering ne s'en tient-il pas à cette définition ? il va nous le dire, en termes qu'il a pesés, car on les voit sensiblement varier de la première à la troisième édition. Voici comment il s'exprime dans cette dernière :

« Les deux éléments du droit pris dans le sens objectif analysés jusqu'à présent : la règle et la contrainte, sont des éléments purement *formels*, qui ne nous révèlent rien concernant le *contenu* du droit; par eux, nous savons seulement que la société

1. *Inbegriff*. Voir *suprà*, p. 67 et note 1 le sens de ce terme qui se trouve déjà dans la définition de Zachariæ.

2. *Zwangsnormen*. Ihering définit, quelques pages plus bas, la « norme » ou règle impérative abstraite. Voir p. 333 (1re éd.) de son ouvrage cité ci-dessous, et trad. Meulenaere, p. 221 et s. Cf. *suprà*, p. 19, note 2.

3. *Der Zweck im Recht*, t. I, § 10 du ch. VIII, 1re éd. (1877), p. 318 ; 3e éd. (1893), p. 320. Cf. trad. Meulenaere, p. 215.

exige de ses membres certaines choses, mais non pour quelle cause et à quelle fin ; c'est la *forme* extérieure du droit, qui se montre partout identique à elle-même, apte à envelopper le contenu le plus varié[1]. Mais il n'y a que par le *contenu* que nous apprendrons quels services le droit rend proprement à la société, et c'est ce qui va faire l'objet du développement qui suit[2]. »

Il ajoute alors : « Tout ce qui se trouve dans le domaine du droit a été appelé à la vie par le but et pour un but déterminé, au point que le droit tout entier n'est autre qu'une exclusive création du but[3]... » Quel est maintenant ce but ? L'auteur s'inspire, pour le découvrir, d'une assimilation entre la société et l'être vivant, que la nature a constitué son propre protecteur, son propre gardien, mandaté pour la conservation de soi-même, et il conclut par cette définition : « *Le droit est la forme que revêt la garantie des conditions vitales de la société, fondée sur le pouvoir de coercition de l'État*[4]. »

Cette formule, certes, n'a rien en soi de bien original. Elle n'est que l'application à la société du fameux principe spinoziste : « L'être tend à persévérer dans son être », et il n'y a pas lieu de suivre Ihering dans l'énumération qu'il fournit de ces « conditions vi-

---

1. Dans la 1re édition, Ihering, au lieu de : « C'est la *forme extérieure* du droit, etc.», avait écrit : « C'est la *simple* forme du droit qui se retrouve avec la physionomie que nous avons décrite à chaque stade de civilisation. » (*Zweck*, 1re éd., I, ch. VIII, § 12, p. 426.)

2. *Zweck*, 3e éd., ch. VIII, § 12, p. 435.

3. *Zweck*, 3e éd., p. 442. Cf. l'épigraphe placée en tête de ce dernier ouvrage de Ihering : « Le but est le créateur du droit tout entier. »

4. *Ibid.*, p. 443.

tales » (conservation et propagation de la vie, travail, échange...) Mais sa pensée mérite, au contraire, d'être analysée avec curiosité, lorsqu'il arrive aux conditions qu'il appelle « purement juridiques », c'est-à-dire à celles qui ne reposent pas sur la nature, et par lesquelles la société, dans le but de les assurer, doit exclusivement faire appel au droit (régime fiscal, service militaire, etc.) Car ici, l'auteur rencontre en antagonisme avec la société, but du droit, qui... ? l'homme, l'individu[1].

C'est ici que se dresse alors devant Ihering le souvenir de sa première définition « par le but », celle qu'il avait posée, sur le terrain du droit « subjectif », dans son *Esprit du droit romain*, et que nous rappelions au début. La théorie dont cette définition était issue faisait de l'homme le centre même du droit : « Le *destinataire* de tout droit, c'est l'*homme* », y disait Ihering. Parvenu au faîte des honneurs, dans tout l'orgueil d'une réputation mondiale acquise grâce à ses doctrines antérieures, allait-il être obligé de se démentir ?

Allait-il également se voir forcé de revenir sur une autre de ses idées chères, basée, elle aussi, sur l'individu, l'idée émise dans cette retentissante conférence de Vienne publiée sous le titre *la Lutte pour le droit*, où Ihering faisait reposer tout le droit sur la résistance et l'énergie de l'homme[2] ?

---

1. *Id.*, p. 459 et s.

2. *La Lutte pour le droit*, trad. MEULENAERE, 1890. V. notamment p. 55 et aussi p. 79 : « J'ai déjà cité l'Anglais toujours prêt à la lutte et je ne puis que répéter ce que j'en ai dit : dans la lutte acharnée qu'il soutient pour un simple franc, se trouve le développement politique de l'Angleterre. Personne n'essaiera d'arracher ce qu'il

Entre l' « homme-but » et la « société-but », entre ce qu'il appelle lui-même, crûment, et en les exaltant tous deux, l' « égoïsme social » et l' « égoïsme individuel[1] », voici que Ihering se trouve pris. Comment résoudra-t-il le problème ?

Il le résout par un moyen qui vaut d'être noté ici. Car, ainsi que nous l'annoncions, il n'est autre qu'un jugement porté par Ihering sur le caractère respectif de ses propres définitions du droit.

Ihering commence par essayer, tout d'abord, de hiérarchiser les buts. Sans doute, dit-il, les conditions vitales de la société ne sont qu'une abstraction, et le vrai sujet final, l'unique, c'est l'homme, l'individu ; toutes les règles du droit « ont l'homme pour but[2] ». Mais la vie sociale, par la permanence des buts communs, a superposé à l'homme les groupements sociaux. Certes, ces groupements (tels que les États, les associations) ne sont composés que d'humains, et ce sont des personnes physiques qui, à travers les personnes morales, recueillent les bénéfices réalisés par ces dernières ; toutefois, à cause de cette interposition même d'un sujet de droit qui lui est supérieur, le but du droit s'éloigne de l'individu, et ne se réalise plus pour lui que d'une façon détournée, *médiate*. Dans quelle mesure ?... Ici Ihering s'arrête. Il renvoie le lecteur, pour réponse,

---

a de plus précieux à un peuple où chacun, même dans les choses les plus infimes, a pour habitude de défendre intrépidement son droit ».

1. *Zweck*, 3e éd., p. 462.

2. *Ibid.*, p. 463 et note 1, où Ihering cite à nouveau le texte du *Digeste*, déjà cité par lui dans l'*Esprit du droit romain* (trad. MEULENAERE, IV, p. 328) : *omnes fructus natura* HOMINUM *causa comparavit* (fr. 28, § 1, *de usur*, XXII, 1).

« à la technique juridique », dont, dit-il, la question relève, alors qu'à cet instant, il est placé sur le terrain, non du droit, mais de la *Socialpolitik*, c'est-à-dire de la *sociologie*. Et il est amené alors à exhaler cette confession : « C'est *au sens sociologique* que j'ai désigné la société comme *sujet-but* du droit, en assignant à ce dernier le rôle d'assurer les conditions vitales de la société[1]. » Ainsi, de l'aveu même d'Ihering, sa seconde définition, celle qu'il substitue à la définition « *formelle* », dont il était primitivement parti, c'est une définition *sociologique*.

Définition *formelle*, définition *sociologique* : retenons maintenant cette opposition. Laissons de côté le système d'Ihering, et abandonnons à ses successeurs le soin de concilier entre elles ses doctrines. Le service qu'il nous aura rendu, se débattant contre sa propre pensée, c'est de nous léguer le fil conducteur grâce auquel nous pourrons sortir enfin du labyrinthe où la sociologie, égarant la définition du droit dans le problème du but du droit, entraînait les jurisconsultes.

Définition de M. Duguit . — La théorie de M. Léon Duguit sur le rôle social du droit[2] — de même que la formule de définition dans laquelle elle est condensée — se rapproche également à la fois, et de celle

1. *Zweck*, I, p. 464.

2. *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 2 vol. in-8, 1901. Depuis lors, M. Duguit a développé la même idée dans de nombreux écrits, notamment *le Traité de droit constitutionnel*, 1911 (cité *suprà*, p. 48); *le Droit social, le droit individuel et la transformation de l'État* (conférences à l'Ecole des Hautes Études sociales), in-12, 1911 ; *les Transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (conférences à la Faculté de droit de Buenos-Ayres), in-12, 1912.

de M. Tanon quant au point de départ, et de celle d'Ihering quant au résultat final. Mais relativement à toutes deux, M. Duguit surenchérit. M. Tanon était resté individualiste ; M. Duguit, à l'inverse, discute et nie le droit individuel. Ihering, d'autre part, confrontant le « droit subjectif » et le « droit objectif », subordonnait le premier au second, sans cependant faire disparaître celui-là : M. Duguit, au contraire, le supprime et *pose sa définition « objective » en définition unique du droit.*

Positiviste, M. Duguit se réclame d'Auguste Comte, qui avait affirmé, il y a plus d'un demi-siècle, en termes particulièrement énergiques, que le mot droit devrait « être autant écarté du vrai langage politique que le mot cause du vrai langage philosophique. De ces deux notions théologico-métaphysiques, l'une (celle du droit) est désormais immorale et anarchique, comme l'autre (celle de cause) est irrationnelle et sophistique... Dans l'état positif qui n'admet plus de titre céleste, *l'idée de droit disparaît irrévocablement...*[1] » Il convient donc, suivant lui, d'éliminer la notion métaphysique du droit. Il faut également condamner cette conception de la société et du droit qui ne voit dans l'association qu'un rapprochement des individus en vue de sauvegarder leurs libertés respectives, qu'un pacte n'apportant de restrictions aux droits de chacun que dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer le droit de tous

1. Aug. Comte, *Système de politique positive*, éd. 1890. I, p. 361, cité par Duguit, 1re conférence à Buenos-Ayres, *Transformations du droit privé*, p. 54.

(la maxime kantienne de la « coexistence », rappelée par le Président Tanon). Cette conception est insuffisante, par exemple, pour expliquer certaines obligations positives placées à la charge de l'État, telle que l'obligation de l'État à l'assistance ou à l'instruction des enfants. Des obligations de ce genre sont sociales par essence [1]. L'homme est un être social, il ne peut vivre qu'en société; il a toujours vécu en société. Le droit n'est autre qu'une règle de conduite sociale s'imposant à l'homme sous une sanction sociale. Le droit est essentiellement « social », c'est-à-dire « objectif »; d'où la définition que nous avons déjà citée parmi les multiples définitions du droit proposées en vertu de la méthode pédagogique actuelle [2], et qu'il convient maintenant d'examiner isolément, à raison du sort que M. Duguit lui destine : « *La ligne de conduite qui s'impose aux individus vivant en société, règle dont le respect est considéré à un moment donné, par une société, comme la garantie de l'intérêt commun, et dont la violation entraîne une réaction collective contre l'auteur de cette violation.* » C'est ce que M. Duguit appelle le *droit objectif*, ou encore la *règle de droit*.

La définition qui précède, on le voit, est, au premier chef, comme celle de Ihering, une définition *sociologique*.

Pour les raisons exposées plus haut, nous n'avons pas à nous étendre ici sur le fond des théories philosophiques ou sociales que le savant professeur de

---

1. *L'État, le droit objectif*, i 1, p 14 et note 2 ; *Droit constitutionnel*, Introduction, § 2.
2. *Supra*, 1re partie, ch iii, *in fine*

Bordeaux fait entrer dans le contenu de sa « règle de droit[1] ». Pas plus que nous ne l'avons fait pour Ihering, nous n'entendons les discuter dans cette étude. Mais ce que nous avons à examiner, au contraire, et, le cas échéant, à critiquer, c'est le sort que M. Duguit réserve à sa définition « objective », qu'il va, comme nous allons le montrer, élever à l'état de définition unique du droit.

A côté de la définition du droit objectif, en effet, nous l'avons vu, M. Duguit admettait une seconde définition, la définition du droit considéré au point de vue subjectif, c'est-à-dire au regard du bénéfice que l'individu peut en retirer. Cette seconde définition, M. Duguit ne la donnait qu'à contre-cœur, et on le comprend : toutes ses conclusions tendant à éliminer, au nom de la sociologie, le droit individuel, il ne doit plus subsister qu'un seul droit, le « droit objectif », la « norme juridique », « expression consciente, mais subordonnée, de la loi d'interdépendance sociale[2] ». Aussi le voyons-nous ajouter immédiatement ce correctif : « Pour bien faire, *on devrait écarter l'emploi du mot* DROIT *au sens subjectif*[3]. » Par ce moyen, on arriverait à effacer toute notion d'un droit entendu comme l'expression d'une prétention ou d'une revendication individuelle : il ne resterait plus que le droit objectif.

C'est dans ce but que M. Duguit nous propose alors

---

1. Elles se basent sur la solidarité. Voir analyse et appréciation dans les ouvrages de MM. CHARMONT, *op. cit.*, p. 190 et s. et GÉNY, *Science et technique*, II, nos 115 et s., p. 191 et s.

2. G. RICHARD, *Revue philosophique* (1912, p. 226 et s.), *la Sociologie juridique et la défense du droit subjectif*, article précité.

3. *Droit constitutionnel*, p. 2.

de « remplacer la notion de droit subjectif par la notion de situation légale ou situation juridique subjective ». En somme, dit-il, on emploie l'expression de droit subjectif pour désigner deux choses : d'une part, « le pouvoir qui appartient à l'individu d'agir dans les limites du droit objectif, de *vouloir* avec un effet juridique quand sa déclaration de volonté a un objet et un but conforme au droit », et, d'autre part, « le pouvoir qui appartient à une personne déterminée d'exiger d'une autre l'accomplissement d'une prestation concrète, sous une sanction sociale qui, dans les pays organisés politiquement, est le plus souvent l'action en justice ». Il y a là deux pouvoirs très différents : au premier, M. Duguit donnera le nom de *pouvoir objectif;* au second, celui de *situation juridique subjective*. Mais on éliminera le mot *droit* lorsqu'il s'agira de l'appliquer au bénéfice individuel que l'homme peut retirer de la « règle de droit[1] ».

De la sorte, selon M. Duguit, « le droit n'est plus qu'un aspect du devoir-être de la société, un moyen de sa réalisation. La règle juridique définit et sanctionne les devoirs de chacun, c'est-à-dire les services que chaque groupe et chaque individu doivent rendre à l'ensemble[2] ». Par ce système, M. Duguit traduit dans notre science le vœu philosophique de son maître, le fondateur du positivisme : « Chacun a des devoirs et envers tous, mais personne n'a aucun droit proprement dit; en d'autres termes, nul ne possède plus d'autre droit que celui de toujours faire son devoir[3]. »

1. *Ibid.*, p. 2 et 3.
2. G. Richard, *ubi suprà*.
3. Duguit, *Transformations du droit privé*, p. 14, note 1.

CHAPITRE IV

CRITIQUE DE LA DÉFINITION SOCIOLOGIQUE

Les définitions « sociologiques » qui précèdent, quelle que soit l'autorité scientifique qui s'attache au nom de ceux qui les ont formulées, ne nous paraissent pas susceptibles d'être acceptées comme « types » de la définition unique du droit. Nous allons en donner les raisons.

Ces raisons sont de deux sortes. Les premières sont tirées des *résultats* auxquels conduisent les définitions sociologiques. Mais quand on y regarde de près, ces résultats envisagés ne sont que la conséquence inévitable de l'objectif lui-même visé par toute définition sociologique : définir le droit par son but, par le rôle social qu'on lui assigne. Nous aurons donc ainsi à proposer, après la critique des résultats, l'abandon du *fondement* même de la définition sociologique. Nous établirons alors, dans notre partie « constructive », en nous appuyant sur les principes de la logique, la nécessité de faire retour à ce genre de définition que (non sans quelque mépris) Ihering qualifiait de *formelle*, et qui doit, moyennant certains amendements, être adoptée, sui

vant nous, comme le véritable type de la définition unique du droit.

La critique des *résultats* de la définition sociologique doit donc être présentée tout d'abord ; elle fera l'objet de ce chapitre.

I

Procédant par élimination, nous mettrons à part, pour commencer, un résultat qui est spécial à l'une d'entre elles, à la méthode de M. Duguit : l'exclusion de l'aspect « subjectif » dans la définition du droit.

La négation du droit subjectif est l'une des doctrines du savant professeur de Bordeaux qui ont suscité le plus de controverses, et nous le voyons, à tout instant, lutter sur ce point contre les objections[1]. Critiques en Italie[2], critiques en France, critique de juristes comme MM. Michoud et Charmont[3], critiques aussi de sociologues comme M. Gaston Richard[4]. Les conclusions de ce dernier sont même les plus énergiques, et dignes d'être relevées : « La négation du droit subjectif ne peut être considérée comme un point acquis à la philosophie du droit. L'antithèse de la norme juridique et du droit personnel n'est rien moins qu'évidente... On ne voit pas comment la règle de droit pourrait se

1. Voir *Transformations du droit privé*, p. 10 et la longue note, pp. 10-11 ; cf. Appendice I, p. 181.
2. Voir les auteurs cités par MM. Duguit, *ubi suprà*, et Gaston Richard, *ubi infra*.
3. Charmont, *op. cit.*, pp. 196-197.
4. *La Sociologie juridique et la défense du droit subjectif*, art. précité, *Rev. philos.*, t. LXXIII, p. 225 et s.

réaliser si elle ne faisait pas naître des prétentions et des revendications, d'ordre privé ou d'ordre public. Tout au moins l'analyse de l'ordre juridique actuellement en vigueur ou réellement donné à l'histoire ne nous permet pas de concevoir un droit objectif sans une face subjective, une norme réalisable automatiquement et totalement indépendante des volontés qui la mettent en œuvre[1]. »

La critique est fort bien présentée ; mais nous n'avons même pas, ici, à entrer dans le *fond* de la querelle. Y a-t-il, n'y a-t-il pas un « droit subjectif » ? Laissons-en discuter entre eux ceux qui aiment cette terminologie. Ce que nous avons à nous demander, c'est ceci exclusivement : y a-t-il, oui ou non, dans le droit, à côté du point de vue social, un point de vue individuel ? Si oui, la logique ordonne qu'on en tienne compte. Voilà tout.

Or, ce point de vue individuel, personne ne le nie, pas même M. Duguit, car cela est vraiment impossible : autant nier l'existence de l'homme, ce que ne saurait, tout de même, admettre le positivisme. Peu nous importe donc les noms sous lesquels, pudiquement, on tentera de voiler la nudité d'une vérité aussi éclatante : « pouvoir objectif», « situation juridique subjective », ou autres appellations de pareil acabit, suivant la célèbre méthode de Gorenflot. Il y a un point de vue individuel (*alias* subjectif) dans le droit, comme il y a un point de vue social (*alias* objectif). Cela nous suffit pour nous permettre de dire qu'en n'adoptant qu'un seul de ces points de vue,

1. Pp. 246-247.

on fournit une définition insuffisante : car la définition unique du droit doit s'élever identiquement au-dessus des deux.

II

Il est un second résultat sur la netteté duquel il est également difficile d'équivoquer : c'est que la définition sociologique (c'est-à-dire — répétons-le une fois de plus — la définition basée sur le rôle social du droit), à raison de cette base même, est « congénitalement » impuissante à formuler une proposition vis-à-vis de laquelle tous les sociologues et tous les philosophes arrivent à se mettre d'accord.

Examinons, en effet, à titre d'exemple, les théories sociologiques auxquelles se réfèrent les développements du précédent chapitre. Le rôle social du droit ? — pour Bentham, c'est d'assurer le bonheur de tous et d'un chacun ; — pour M. Gaston Richard, c'est de garantir chaque groupement d'hommes contre les troubles extérieurs et intérieurs ; — pour le Président Tanon, c'est d'assurer la coexistence et la coopération des individus, en accordant l'intérêt individuel avec les notions de justice fixées dans la conscience commune ; — pour Ihering, c'est la garantie des conditions vitales de la société ; — pour M. Duguit, c'est le fait de l'interdépendance sociale fixé par la Règle de droit... Autant d'auteurs, autant de systèmes, autant de théories conduisant respectivement à des définitions différentes, parmi lesquelles il n'y a aucun espoir de voir l'une d'entre elles rallier

les *partisans* des autres, car, pour ce qui est tout au moins des auteurs, on n'imagine pas que, connaissant les anciennes, ils en auraient proposé de nouvelles, si ces anciennes les avaient complètement satisfaits.

Les choses étant ainsi, et sans contestation possible, nous nous tournons maintenant vers les juristes, et nous leur demandons : admettez-vous que la définition du droit comporte, dans son assise même, un pareil élément d'incertitude, une cause véritablement organique d'incurable variabilité ?

Le droit est le fondement de l'ordre social. L'un des besoins les plus importants auxquels il est appelé à répondre, c'est le besoin de sécurité : cela, tout le monde le reconnaît, depuis la Déclaration des droits de l'homme jusqu'à Bentham et Ihering eux-mêmes[1]. Eh bien ! nous soutenons que, socialement parlant, il est impossible d'adopter pour base de la définition d'une notion aussi grave des données de pure théorie sur lesquelles pèse la controverse[2].

Et ce qui est inadmissible au point de vue social ne l'est pas moins au point de vue logique. Un des principes de la définition, c'est de n'accepter dans sa formule que des termes parfaitement clairs ou nettement définis[3].

Définir le droit par son but, c'est abandonner à

---

1. Voir Gény, *Science et technique*, II, p. 46; Demogue, *op. laud*, p. 63 et s., et les auteurs cités.

2. « Partout nécessaires et fécondes, les idées *d'ordre*, de clarté, de discipline rationnelle doivent, plus particulièrement encore, dominer l'*élaboration du droit*, qui tend, avant tout, à diriger la vie des hommes, en l'assujettissant à des règles conformes à leur nature raisonnable » (Gény, *Science et technique*, I, n° 5, p. 14).

3. Liard, *Logique*, p. 21.

l'inspiration personnelle de chacun, avec tous les écarts possibles, cette définition essentielle ; c'est conférer, sous couleur de « droit objectif », au « subjectivisme » (c'est-à-dire, cette fois, au sens propre du terme : à l'arbitraire individuel des auteurs) la plus effrénée des licences. La matière dont il s'agit ici n'y autorise vraiment pas.

III

Le subjectivisme fatal, inhérent à la définition sociologique, n'a pas été sans exercer, à notre avis, une influence décisive sur le sort de la définition unique du droit. Cette absence de définition que M. Gény, en 1914, regrettait d'avoir à constater dans les écrits juridiques, ne tient pas, suivant nous, à une autre cause. Des juristes d'esprit réfléchi, dissertant, dans des « essais critiques », sur les principes généraux du droit public ou du droit privé, sur leurs notions fondamentales, et rencontrant dès l'abord « la notion de droit », paraissent intentionnellement se garer, avec le plus grand soin, de toute tentation de définir le droit par une formule générale et unique.

Qu'une pareille attitude se remarque, comme nous l'avons dit précédemment, chez la majorité des sociologues et des philosophes, cela peut encore se concevoir : arguant, implicitement ou explicitement, avec une modestie louable, d'un défaut de qualité, de spécialité, de compétence, il est logique qu'ils abandonnent aux hommes de droit le soin de définir

l'objet de leur propre science [1]. Mais que ceux-ci s'abstiennent à leur tour, voilà qui peut paraître plus troublant. Et pourtant, on ne peut en douter, cela est : chez nous, on ne définit plus la notion de droit, on la décrit.

Aucun exemple plus frappant [2] ne saurait en être donné qu'en renvoyant à la lecture du très savant ouvrage de notre collègue et ami Demogue, déjà maintes fois cité ici par nous. Voilà un livre qui, en près de 700 pages, se propose de soumettre à l'analyse « Les notions fondamentales du droit privé ». Les deux premières parties sont respectivement intitulées, l'une « Notion et bases du droit » (pp. 1 à

---

1. Au surplus, la sociologie date d'hier, et nous avons encore trop présentes à la mémoire les difficultés de tout ordre rencontrées par ses premiers adeptes à définir la science nouvelle, pour nous étonner de les voir, en majorité, éviter la définition du droit.

2. On pourrait relever encore un exemple moins caractéristique en lui-même, car il s'agit, non d'un livre, mais d'un article de Revue, plus suggestif pourtant par la haute autorité qui s'attache au nom dont il est signé, dans le très beau travail de M. H. Berthélemy sur *le Fondement de l'autorité politique* (*Revue du droit public*, décembre 1916). L'éminent maître du droit administratif, pris à partie par M. Michoud sur le terrain de la philosophie juridique, expose, à cet égard, sa « profession de foi » en termes qui — au grand profit de tous — se refusent à sacrifier plus qu'il n'est strictement indispensable à la nécessité d'employer des mots abstraits. Dans la première partie de son étude, M. Berthélemy analyse la notion de droit, qu'il appelle, comme M. Duguit, la « règle de droit », mais en s'écartant diamétralement des idées de notre collègue de Bordeaux : car non seulement M. Berthélemy repousse la théorie sociologique qui croit apercevoir « la définition en soi de la règle de droit dans l'obligation de concourir au développement de la solidarité sociale » (p. 6 du tirage à part), mais encore il présente la règle de droit comme une notion s'appuyant sur la conscience individuelle, ainsi que le proclame la Déclaration des droits de l'homme (pp. 4 et 5). Que l'éminent professeur nous permette de lui répéter ici le vœu que nous lui avons déjà exprimé, de le voir bientôt, dans cette langue claire et concrète qu'il manie avec tant de succès, doter notre science juridique de la définition du droit qu'elle attend. V. aussi page 120, note 6.

200), l'autre « La technique » (pp. 201 à 566). Chacune de ces parties s'ouvre par un chapitre de définition : (Ire partie, chapitre Ier : « La notion de droit » ; IIe partie, chapitre Ier : « La notion de technique »). Or, tandis que la IIe partie débute par une véritable discussion des diverses formules proposées pour définir la technique (entre autres celles de Ihering et de M. Cuq), discussion où les moindres expressions sont pesées, et que notre collègue clôture en reproduisant et acceptant une définition antérieurement émise[1], on peut se reporter à la Ire partie, chapitre Ier, sous la rubrique « Notion de droit » : on n'y trouvera rien de pareil.

Mieux que cela : M. Demogue adopte ouvertement des procédés qui lui permettent d'éviter de définir, car il n'entend faire que de la description. Le droit lui apparaît comme « une notion vague et fuyante[2] », « une notion si difficile à éclaircir[3] », qu'on ne peut la déterminer qu'approximativement. Pour cela, il convient de se placer à deux points de vue successifs : au point de vue de l'observation (droit positif), au point de vue de l'idéal (droit rationnel). Pour échapper à toute définition, notre collègue use d'un expédient curieux : « Que faut-il entendre par droit au point de vue de l'observation seule ?... *Cela est droit* qui est imposé par une force organisée contre laquelle il n'y a pas de recours[4]. » La même expres-

1. C'est la définition de la technique formulée par le Président Tanon, *op. cit.*, p. 40. Voir Demogue, *op. cit.*, p. 204.
2. *Op. cit.*, p. 4.
3. *Ibid.*, p. 5, note 2
4. P. 4.

sion « cela est droit » se retrouve aux pages plus loin, soulignée par une intention manifestée[1] ; notons encore cette formule ingénieuse : « *Il y a un droit* en notre faveur, lorsque...[2] ».

On aperçoit clairement la méthode. Et le résultat n'est pas moins net : dans ce chapitre initial de soixante pages[3] jusqu'à la « conclusion » qui le complète[4], M. Demogue, tout en s'excusant « de faire ainsi rentrer le droit dans une certaine imprécision »[5], a réussi à exécuter son dessein, de décrire la notion de droit sans en formuler la définition[6].

---

1. P. 6 *ab init.* ; p. 7 *in fine* : « Cela est droit, pour employer l'expression que nous avons adoptée. »
2. P. 10.
3. Pp. 1 à 62.
4. Pp. 193 à 200.
5. P. 17 *ab init.*
6. Dans la mesure où il n'est pas trop prématuré d'exprimer dès aujourd'hui des observations concernant un travail encore en cours de publication au moment où nous mettons sous presse, on peut dire que la même constatation s'impose en face des articles déjà cités de M. Bonnecase, sur *La notion de droit en France au XIXe siècle* (*Rev. gén. du droit*, 1915 et 1916). Les deux premières parties de cette étude, l'une relative à « l'existence de la notion de droit, ses origines, ses caractères *formels* », la deuxième consacrée au « contenu de la notion de droit », offraient à l'auteur l'occasion de formuler, soit une définition *formelle*, soit une définition *par le but*. Or il est remarquable que, de même que M. Demogue (dont cependant il ne ménage guère la méthode, v. notamment *Rev. gén.*, 1915, p. 496, note 1), M. Bonnecase, en aucun de ces deux endroits, ne nous propose de définition. Cela est d'autant plus regrettable que notre distingué collègue nous fournit, d'après la doctrine métaphysique en particulier, cette *description* assez heureuse du but du droit, inspirée des idées et des images de Beudant (cf. *infrà*, p. 161, notes 1 et 2) : « établir et maintenir dans les sociétés humaines l'*harmonie* externe, qui est indispensable à leur existence, et pour cela assigner à chaque individu et à chaque groupe une sphère d'action dans laquelle il sera éventuellement maintenu par voie de contrainte extérieure ». (*Rev. gén.*, 1915, p. 337). Mais pourquoi donc, ici encore, éviter systématiquement de définir ?

Pourquoi cette attitude distante, et absolument volontaire ? Les raisons dont s'inspire notre collègue se dégagent aisément. C'est, d'une part, que « la réalité complexe des choses » l'emporte sur « ce besoin de l'esprit affamé de sécurité » d'où résulte malencontreusement, suivant Demogue, la clarté tout artificielle des notions [1]. Mais c'est aussi, d'autre part, l'erreur, dont il convient de s'éloigner, où sont tombés « un grand nombre d'auteurs qui, se plaçant au point de vue de l'action, des idées-forces, *ont bâti des théories qui n'ont guère résisté à un examen pénétrant*, et se sont rapidement démodées [2] » ; c'est « le *subjectivisme très accentué* » des données incertaines que l'on est obligé d'emprunter pour dégager les fondements du droit [3].

Pour définir le droit par son but, que nous resterait-il ? « L'Espérance », dit notre collègue, espérance que d'ailleurs il ne partage pas [4].

Faut-il nous décourager avec lui, ou bien transformer la méthode ?

IV

« Définir », c'est « finir », c'est créer du « définitif » : nul plus que nous ne comprend qu'on y hésite. Mais décrire quand on doit définir, n'est-ce pas, d'une autre manière, décrier ? et renoncer à définir le droit, n'est-ce pas souscrire, bien qu'avec une

1. P. 11 *in medio*.
2. P. 4.
3. P. 202.
4. P. 200; cf. p. 198 *ab init*.

mélancolique résignation, à sa déchéance, à sa disparition, à son décès ?

Des auteurs, certes, s'en accommoderaient, qui l'ont déjà pour moitié enseveli, en la forme du droit « subjectif » (c'est-à-dire des droits individuels), et qui rêvaient même autrefois, sans fleurs ni couronnes, d'un enterrement encore plus complet ! M. Duguit n'écrivait-il pas, il y a dix ans : « Le mot *droit* prête à toutes sortes de confusions, et, au risque de paraître paradoxal, nous estimons que *ce serait un grand progrès de bannir ce mot de la langue scientifique* [1] » ?

Eh bien ! non. Nous ne saurions tolérer aujourd'hui de voir organiser froidement ces obsèques.

L'élimination de la définition du droit, nous savons ce que cela signifie ; il suffit de relire les quelques pages où notre collègue Demogue dessine, d'après l'observation des faits, « la notion la plus réaliste que l'expérience nous donne du droit[2] » : « C'est, peut-on dire, *la force qui est finalement la plus forte*, la force de celui qui peut rire le dernier, et rire bien comme le veut le proverbe[3]. »

Ne pas définir le droit, c'est consentir à se courber devant le règne incontesté de la force. Qui de nous oserait l'accepter ?

« Ce que nos conceptions morales nous révèlent, écrit magistralement M. H. Berthélemy [4], ce que l'état social des peuples civilisés nous montre avec

---

1. *Revue du droit public*, 1907, t. XXVII, p. 419.
2. *Op. cit.*, pp. 4 à 12.
3. *Id.*, p. 5.
4. Article cité *suprà* (tirage à part, p. 20). Cf. Ihering, *Zweck*, ch. viii, § 2 (trad. Meulenaere, p. 169) : « Le droit, c'est la *politique de la force.* »

la plus indiscutable clarté, c'est la subordination de la force au droit, c'est le droit créant la force pour se faire respecter, et non pas la force inventant le droit pour faire tolérer sa suprématie. Ihering nie vainement que le droit soit « *le principe qui régit le* « *monde* ». Nous voulons bien admettre comme lui que « le droit n'est pas un but en soi, mais seulement « le moyen d'atteindre le but, qui est le maintien de la « société humaine. » Mais on profère un blasphème contre la dignité humaine en soutenant que le droit n'est ici qu'un instrument que la force emploie pour arriver à ce but. La société n'est pas digne de ce nom tant que la force seule y règne. Elle ne peut se développer, se civiliser que par le triomphe du droit sur la force, par la suppression de la force en tant que violence habituelle, par la domestication de la force, réduite à n'être plus que l'agent d'exécution du droit [1]. »

---

1. Cf. *Le Droit de la force et la force du droit*, par J. Flach, professeur au Collège de France, p. 63 et s. (la doctrine scientifique du droit de la force).

TROISIÈME PARTIE

MÉTHODE DE DÉFINITION & DÉFINITION PROPOSÉE

CHAPITRE PREMIER

RETOUR A LA DÉFINITION FORMELLE AMENDÉE MÉTHODE DE DÉFINITION

Arbitraire et subjectivisme dans la définition du droit, puis disparition totale de cette dernière, livrant la place à la seule notion de force, tels sont les résultats engendrés par la définition sociologique. Ces résultats sont critiquables ; mais ils ne pouvaient être différents, à raison du point de départ adopté : la définition du droit par son but. C'est ce point de départ lui-même qu'il importe, suivant nous, de rejeter.

Opposons-lui immédiatement le principe de notre solution.

La notion de droit est généralement susceptible d'être envisagée à quatre points de vue :

1° Le droit peut être envisagé dans les formules, écrites ou non écrites, qui en imposent les règles, à une époque donnée, à une société déterminée : c'est le point de vue du droit *positif*.

2° Il peut être envisagé dans les principes supérieurs, dégagés de la raison ou de la conscience humaine, dont doivent s'inspirer les règles du droit positif : c'est le point de vue du droit appelé successivement *naturel*, *rationnel*, *idéal*[1].

3° Il peut être envisagé quant à son but, c'est-à-dire quant au rôle social auquel il est destiné : c'est le point de vue du droit dit « *objectif* ».

4° Il peut être envisagé quant aux avantages, bénéfices, prérogatives qui en découlent pour l'individu : c'est le point de vue du droit dit « *subjectif* ».

Sous les divers aspects ci-dessus, il peut être étudié en profondeur par les méthodes et procédés dont la science dispose (méthodes et procédés qui peuvent aussi devenir, par eux-mêmes, un objet spécial d'études) : c'est le point de vue *scientifique*, le point de vue de la *science du droit*. Ce n'est pas, à proprement parler, un point de vue particulier distinct des quatre qui précèdent : c'est, peut-on dire, l'œil de l'observateur, placé à ces quatre points de vue.

Or, aucun de ces divers points de vue n'est apte à dominer les autres et à justifier qu'on l'adopte pour point de départ de la définition unique du droit ; spécialement, le point de vue objectif, où se place la

1. Cf. au sujet de cette distinction, J. Bonnecase, *la Notion de droit en France au XIXe siècle*, article précité, *Revue générale du droit*, 1915, pp. 332-333.

définition sociologique, ne présente, à cet égard, nulle raison d'être préféré au point de vue positif, rationnel ou subjectif.

Ce qu'il faut, c'est procéder directement au rebours de la méthode d'Ihering. Au lieu de partir de la définition formelle pour aboutir à la définition sociologique, il convient, parcourant le même chemin en sens inverse, de *quitter la définition sociologique pour s'élever, à nouveau, jusqu'à la définition formelle.*

I

Qu'est-ce que le point de vue *formel*? Qu'est-ce que la *définition formelle*? Un exemple va nous le faire apparaître.

Il n'y a pas que la notion de droit elle-même qui soit susceptible d'être envisagée par la science aux quatre points de vue ci-dessus déterminés. Toutes les notions qui se rencontrent dans ce vaste champ qu'est le droit, et qu'on appelle les notions juridiques, le sont d'une manière identique; et, pour les besoins de la science, elles appellent chacune, elles aussi, une unique définition.

Prenons, au hasard, une notion d'ordre juridique, l'une des premières que l'on rencontre dans nos Codes : prenons la notion d' « état civil ». Il y a, pour définir cette notion, un point de vue positif, un point de vue rationnel, un point de vue objectif, un point de vue subjectif. L'un ou l'autre de ces points de vue successivement adopté fonderait une définition spéciale. Mais la science du droit s'en écarte et pro-

cède d'une façon différente. Elle va chercher, dans la langue, un terme suffisamment général qui dominera et évoquera tous ces aspects particuliers de la notion à définir, et qui fournira le *substantif* de la définition proposée ; faute d'en trouver de plus rapproché[1], la définition de l'état civil, comme de toute notion juridique mettant en jeu un ensemble de règles, pourra, très correctement, débuter par ces mots : « L'état civil est une *institution* qui... »

Or, ce terme d' « institution juridique », c'est un terme de pure logique qui résume et synthétise une série d'opérations de l'esprit, opérations que, au début de cette étude, nous avons rappelées brièvement[2]. Définir par le mot « institution » la notion particulière envisagée à titre d'exemple (l'état civil) ou toute autre notion juridique en général, c'est prendre pour base de définition la *forme* affectée par la pensée : c'est poser une définition *formelle*, le type de la définition dicté par la logique elle-même.

Cette méthode est reconnue aujourd'hui comme la seule qui puisse convenir aux notions du domaine du droit. — Dans son dernier ouvrage, M. Gény, montrant que la *notion* et le *concept* ne sont autres que « l'idée générale de l'objet proposé au travail de l'esprit » désignée tantôt par son résultat, tantôt par la manière de l'atteindre[3], aboutit à cette formule :

---

1. C'est ainsi que l'on représentera l'état des personnes comme une *individualisation* de l'homme au moyen de sa situation dans la cité ou dans la famille, et le domicile comme *une localisation* de l'individu en un certain point de l'étendue (Colin et Capitant, *op. laud.*, I, pp. 372 et 407).

2. Voir *suprà*, p. 8 et note 1.

3. Gény, *Science et technique*, I, n° 50, p. 147.

« Le concept apparaît principalement comme le résultat d'un effort de l'esprit, en vue de saisir, dans une représentation prédominante, l'essence logique des choses » ; et il se rallie à la nécessité de préciser les concepts « par un *revêtement logique* qui seul permet à l'esprit d'appliquer aux choses ses facultés de pénétration et de mise en œuvre [1] ».

Nous sommes donc conduit à conclure comme suit : c'est sur la forme affectée par la notion de droit dans la pensée (dans la « raison pure » comme disait Kant), c'est sur *l'opération de l'esprit* qui y est intéressée, qu'il convient de se baser pour définir cette notion.

Comment en serait-il autrement ? Qu'est-ce donc que la définition, sinon un chapitre de la logique ? Et qu'est-ce que la logique ? C'est la « science des formes de la pensée [2] ».

II

Complétons la conclusion ci-dessus par deux remarques qui s'imposent.

1° La définition formelle, c'est celle vers laquelle, d'instinct, se portent les civilistes.

Nous avons fait observer, en effet, lorsque nous terminions l'examen des définitions multiples, que la définition du droit désigné comme droit « objectif » dans l'acception qu'attachent à cette dénomina-

1. *Ibid.*, p. 148.
2. Liard, *Logique*, Introduction, p. 2. Cf. les principes de définition de Kant, *suprà*, IIe partie, ch. III, § 1, p. 93.

tion, non pas M. Duguit et les auteurs du droit public, mais les juristes du droit civil, présente essentiellement le caractère d'une définition formelle[1]. Quand on définit le droit comme « l'ensemble des *préceptes*, *règles* ou *lois* qui gouvernent l'activité humaine[2] », que vise-t-on donc, sinon une certaine *forme extérieure* que revêt la notion de droit ?

Pareillement, lorsque Aubry et Rau définissent, à leur tour, le droit, comme « l'ensemble des préceptes ou règles de conduite à l'observation desquels il est permis d'astreindre l'homme[3]... », qu'ont en vue les deux jurisconsultes ? Ils envisagent, premièrement, les *formules* écrites ou coutumières par quoi le droit s'impose à l'homme (droit positif) ; ils envisagent, secondement (et ceci nous conduit au delà de la conception des autres civilistes ci-dessus), ils envisagent la pensée juridique elle-même, en tant qu'elle s'efforce de découvrir les règles qu'il sera permis de formuler (droit rationnel). En d'autres termes, c'est toujours une forme affectée par la notion de droit à laquelle nos auteurs s'attachent : forme *extérieure* ou *interne* du droit, aspect qu'il tend à revêtir, soit dans les faits, soit dans l'esprit.

Sans doute nous avons critiqué en son temps la confusion que ces définitions manifestent, en paraissant établir une assimilation complète entre le droit et les formules par où il s'exprime[4]. Mais, à la condition de distinguer la notion elle-même et les

---

1. *Suprà*, 1re partie, ch. III, *in fine*, pp. 49-50 et les notes.
2. Colin et Capitant, I, p. 1. Voir *suprà*, 1re partie, ch. III, p. 45.
3. Voir *suprà*, IIe partie, ch. I, p. 56 et 57.
4. Voir *suprà*, p. 65 et suiv.

règles dans lesquelles elle s'inscrit, ainsi que l'avait fait Zachariæ [1], il faut approuver le principe qui sert de fondement à ces définitions.

2° Mais n'est-il pas à craindre qu'en faisant ainsi retour à la définition formelle, nous ne puissions éviter l'écueil auquel se sont heurtés Aubry et Rau ? Le défaut capital de leur définition, rappelons-le, c'est que, dans leur souci de n'insérer dans cette définition que les seuls éléments formels, ils en ont volontairement banni toute expression qui leur semblait tenir compte, même de loin, du but, du rôle social du droit. Et c'est là, nous l'avons montré, une erreur de définition.

Eh bien ! dès lors que l'on adopte la « forme » comme base de définition, une pareille conséquence n'est-elle pas absolument inévitable ? M. Gény le penserait, semble-t-il. Le procédé consistant à accéder aux notions par des concepts purement logiques aboutit fatalement, selon lui, « à sacrifier les réalités morales, économiques, sociales qui constituent le fond matériel et comme le contenu effectif de la vie juridique [2] ».

Nous ne sommes pas du tout de cet avis, et cela pour une raison d'ordre théorique tirée du rôle logique joué par la définition juridique : et nous regrettons de n'en pas avoir trouvé la trace dans la partie du très savant livre de M. Gény consacrée à la définition s'appliquant aux matières du droit.

Nous allons l'exposer en quelques lignes.

---

1. *Eod. loc.*
2. Gény, *Science et technique*, I, n° 50, p. 148 *in fine*.

III

Double rôle de la définition juridique : précision et évocation. — M. Gény a fort bien aperçu tout ce que nos définitions présentent de mobile et de « provisoire[1] ». Ce caractère, il l'attribue exclusivement à deux causes : d'une part, aux hésitations du jurisconsulte, qui procède « volontiers par tâtonnements » et par « affinements successifs », afin de déterminer quels sont les véritables éléments essentiels d'un concept ; d'autre part, à la nature intime des définitions juridiques, qui lui paraissent tenir le milieu entre les définitions géométriques et les définitions empiriques, les unes étant *a priori* et fixées d'un seul coup, les autres étant *a posteriori* et indéfiniment perfectibles[2].

Cette double analyse est exacte, mais elle nous paraît insuffisante, car elle omet, entre autres, une donnée absolument essentielle.

La définition juridique est appelée, suivant nous, à remplir une double mission : 1° une mission de *précision ;* 2° une mission *d'évocation*[3].

---

1. *Id., ibid.*, n° 52, p. 154 *ab init.*
2. *Id., ibid.*, n° 52, pp. 153-154 et les références citées.
3. Il paraît d'autant plus surprenant de ne pas rencontrer une thèse de ce genre chez M. Gény, qu'en plusieurs endroits de son livre il parle de faire appel à l'intuition dans les matières juridiques. Voir notamment I, n° 5 *bis*, p. 16 : « Nous remédierons à la sécheresse de l'analyse par la fécondité, souple et riche, de *l'intuition.* » Voir aussi n° 28, p. 86 (à propos de la philosophie « nouvelle ») : « Nous nous efforcerons de contrôler et de renforcer le travail de l'intelligence par cette sympathie profonde qu'engendre une familiarité affective avec les choses étudiées. — *Nous compléterons le concept par l'intuition...* ».

1° Les définitions juridiques sont présentées, en général, sur le terrain du droit positif. Placé en face d'une série de textes dont l'ensemble constitue une institution juridique, le juriste, élément par élément, bâtira sa définition. Dans ce travail de construction, il ne retiendra, pour les insérer dans sa formule, que les données les plus caractéristiques, celles qui permettent véritablement de déterminer l'originalité de la notion à définir au milieu des notions similaires, par le double moyen d'un rapprochement (genre prochain) et d'une différenciation (différence spécifique)[1] d'avec ces notions similaires elles-mêmes. Toutes ces données seront des données formelles, des caractéristiques extérieures dégagées du droit positif. Et le jurisconsulte, pour couronner son œuvre et affirmer sa marque personnelle, s'efforcera, suivant un procédé que nous avons déjà plusieurs fois signalé[2], par un *substantif* approprié et placé en vedette dans la formule, d'établir le lien le plus étroit possible entre l'esprit et la notion à définir. Telle est la mission de *précision*.

2° Toutefois, bien que localisées, la plupart du temps, sur ce terrain du droit positif, les définitions juridiques ne peuvent pas s'abstraire des autres points de vue, rationnel, social, individuel, du droit naturel, du droit dit « objectif », du droit dit « subjectif ». Afin de pouvoir les dominer, et de définir la notion complète, le juriste entreprendra de procé-

---

1. Cf. *suprà*, p. 76 et note 1.
2. *Suprà*, Ire partie, ch. I, p. 13 et 14 à propos des définitions romaines ; IIe partie, ch. I, p. 65, à propos de la définition d'Aubry et Rau.

der, dans sa formule, non plus par précision, mais par évocation. Il s'ingéniera à découvrir des termes, des expressions, des tournures de phrase, des modalités de langage aptes à faire surgir aux regards de l'esprit en éveil l'image de la notion à définir, envisagée à ces divers points de vue. Les données mises à contribution, ce seront alors, justement, ces réalités morales, économiques, sociales, dont parlait tout à l'heure M. Gény, et qui parviennent à occuper dans le cadre de nos définitions, grâce à l'emploi de cette méthode, la juste place qui leur est due. C'est la mission d'*évocation*.

Pour illustrer ce double aspect de la définition juridique, on ne saurait donner de meilleur exemple que la définition du mariage, telle que la présentent les jurisconsultes.

Au seul regard du Code civil, la définition du mariage est simple, et les éléments de *précision* sont ici en nombre très réduit. Le mariage, c'est l'union de l'homme et de la femme contractée par devant la loi. Cette définition comporte deux éléments : l'union entre l'homme et la femme, qui est le genre ; sa légalité, qui est le trait spécifique. Le mariage c'est, proprement, l'union légale, les *justes noces* (*justæ nuptiæ*). Le type de cette union peut varier suivant les époques, et le Code lui-même, depuis 1804, l'a considérée, tantôt comme indissoluble, tantôt comme susceptible de se résoudre avec plus ou moins de facilités. Le législateur a déterminé ainsi les conditions de validité, la preuve, les effets de la société conjugale, et les sanctions diverses qui l'entourent.

Mais ce qui, à travers l'évolution, constitue l'essence même du mariage, ce qui le distingue des autres unions du même genre, lesquelles, par l'autonomie des libertés individuelles se mouvant dans les limites des lois pénales, ne relèvent en principe que de l'opinion et des mœurs, c'est l'adhésion des deux futurs époux au statut légal, c'est la soumission de leur volonté commune aux dispositions de la loi. C'est pourquoi Aubry et Rau en donnent cette définition lapidaire admirée par M. Gény : « Le mariage, d'après le droit français, est l'union de deux personnes de sexe différent, contractée avec certaines solennités[1]. » Les solennités du mariage mentionnées par la formule qu'on vient de lire n'y apportent qu'en apparence un élément spécifique de plus : leur présence dans la définition ne fait guère que de rappeler avec une énergie accrue, que le propre du mariage, c'est d'être passé « devant la loi[2] ».

Or, cette définition simple du mariage, il n'est aucun civiliste qui accepte de s'en contenter, au point qu'Aubry et Rau eux-mêmes, avant de la présenter, l'escortent — eux, les instigateurs de la définition unique du droit! — d'une autre définition du mariage « d'après le droit philosophique[3] ». Et toutes

---

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, 4e éd., t. V, §450, p. 5 ; cf. Gény, *Science et technique*, I, p. 154 et note 2.

2. Cf. C. Civ., art. 75, al. 3 : « Il (l'officier de l'état civil) recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera, *au nom de la loi*, qu'elles sont unies par le mariage. »

3. « Le mariage est, d'après le droit philosophique, la société perpétuelle que contractent deux personnes de sexe différent, dans le but d'imprimer un caractère de moralité à leur union sexuelle, et aux rapports naturels qui doivent en naître. » (*Loc cit. suprà.*)

les définitions du mariage que l'on rencontre dans la doctrine[1], depuis celles, absolument classiques, de Modestin[2], de Pothier[3] et de Portalis[4], jusqu'aux deux dernières proposées, celle de M. Planiol[5], celle de MM. Colin et Capitant[6], font état, dans les textes qu'elles nous offrent, d'un grand nombre d'autres éléments : ce sont des éléments d'*évocation*.

---

1. Selon Beudant, *Cours de droit civil*, I, n° 204, p. 293 (qui estime que le mariage, envisagé en lui-même, pourrait très bien, à la rigueur, se passer de définition), elles ne se distingueraient entre elles que par « leur plus ou moins de mérite littéraire ». Nous croyons qu'il y a quelque chose de plus : leur degré respectif de « mérite logique ».

2. *Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ et consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* (f. 1, *Dig. de ritu nuptiarum*, XXIII, 2.) Cf. *Inst. de Just.*, I: 9, § 1 : *Nuptiæ autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens.* Tandis que Beudant estime que la formule de Modestin donne du mariage l'idée la plus élevée et la plus vraie (*loc. cit. suprà*), M. Planiol rejette les définitions romaines comme répondant à des idées sociales et religieuses (hiérarchie des personnes, culte privé, etc.), aujourd'hui disparues. (*Traité de droit civil*, I, n° 69 : « Changement nécessaire dans la définition du mariage. »)

3. *Traité du contrat de mariage* (1768), ch. I, n° 3 : « On peut définir le mariage un contrat revêtu des formes prescrites par les lois, par lequel un homme et une femme, habiles à faire ensemble ce contrat, s'engagent réciproquement l'un envers l'autre à demeurer toute leur vie ensemble dans l'union qui doit être entre un époux et une épouse. »

4. « C'est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée. » (*Exposé de motifs au Corps législatif*, Locré, IV, p. 461.) — Voir la critique de cette définition par Beudant, *ubi suprà*.

5. Selon M. Planiol, le caractère propre du mariage, capable de le distinguer du concubinage, c'est uniquement sa force obligatoire. C'est là, suivant lui, « le grand fait historique » qui domine l'évolution de l'institution. Et il définit ainsi le mariage : « Un contrat par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré » (*loc. cit. suprà*).

6. « Le mariage est le contrat civil et solennel par lequel l'homme et la femme s'unissent en vue de fonder une famille et de se prêter mutuellement assistance et secours. » (*Cours de droit civil*, I, p. 112.)

L'institution du mariage, en effet, intéresse au suprême degré la société et l'individu. La société y rattache la perpétuation de l'espèce, qui est pour elle question de vie ou de mort ; l'être humain en fait plus ou moins le cadre idéal de son bonheur. La religion, la politique, l'histoire, l'économie politique, la raison, la morale interviennent pour dire leur mot : et les jurisconsultes, qui tracent la formule, n'y tiendraient compte de rien de tout cela ? Nul d'entre eux ne saurait s'y résigner sans déchoir. Et c'est là que nous allons saisir sur le vif le procédé de l'évocation.

Prenons donc la définition la plus récente, celle de MM. Colin et Capitant, que nous reproduisons ci-dessus *in extenso*. Pourquoi donc les savants auteurs y font-ils figurer le mot « civil » comme qualificatif du mot « contrat » ? Le mariage est un contrat civil, soit, mais ni plus ni moins que tous les contrats qu'on rencontre aux autres pages du Code. Le trait n'a rien de spécifique. Or, voici le motif qu'on entrevoit : il est indispensable, dans la définition établie, de faire *allusion* à ce caractère civil, c'est-à-dire au caractère laïque du mariage, pour rappeler la lente évolution historique et les luttes séculaires entre le pouvoir civil et l'autorité confessionnelle dont ce caractère est le produit[1]. On aperçoit la nature de la raison : c'est une raison *d'évocation*.

Deuxième application du même procédé. Pourquoi donc nos éminents collègues disent-ils encore,

1. *Ibid.*, p. 113 *in fine* et suiv.

dans leur définition, que, par le mariage, l'homme et la femme s'unissent « en vue de fonder une famille » ? Est-ce pour faire entrer dans la définition du mariage, et comme trait spécifique de cette union, le dessein de perpétuer l'espèce, qui est, au premier chef, nous l'avons dit, le point de vue de l'intérêt social ? Non, répondent-ils, et fort juridiquement, car le Code autorise le mariage entre personnes âgées et les unions dites *in extremis*, lesquelles sont forcément stériles. Mais pourtant MM. Colin et Capitant, s'étant fort bien aperçus qu'une définition du mariage qui ne provoquerait pas, au moins par les voies de l'*intuition*, l'idée de la procréation des enfants « qui constitue, aux yeux du moraliste et du sociologue, la plus importante fonction de l'institution du mariage »[1], ne serait qu'une définition imparfaite, ont su, par cette formule habile, « la fondation d'une famille », non *spécifier* la procréation (ce qui rendrait la définition inexacte quant au droit), mais, très opportunément, *l'évoquer*[2].

*
* *

Par les explications qui précèdent, nous pensons maintenant que le lecteur aura compris ce que nous entendons par *mission de précision* et mission d'*évocation* dans la définition juridique.

---

1. *Op. laud.*, I, p. 112.
2. On pourrait répéter la même observation au sujet des mots par lesquels se termine la définition de MM. Colin et Capitant, mots *qui évoquent*, non plus le point de vue de l'intérêt social, mais celui du bonheur individuel, à l'exemple des définitions de Modestin et de Portalis.

La mission de *précision*, c'est celle qui a pour but d'opérer la sélection des éléments essentiels de la notion à définir, groupés sous la domination d'un *substantif* choisi.

La mission d'*évocation*, c'est celle qui est destinée à éveiller par l'*intuition* la physionomie de l'objet défini, sous les principaux aspects où il est susceptible d'être envisagé.

Comprenant ainsi le rôle logique de la définition juridique, on concevra que, grâce à cette double mission, l'on puisse parvenir à corriger ce que la définition *formelle* présente, par elle-même, de trop absolu et exclusif.

Et c'est ce qu'il nous reste à montrer, pour finir, en faisant application des idées que nous venons de développer à la définition qui constitue l'objectif de notre recherche : la définition unique du droit.

CHAPITRE II

DÉFINITION DU DROIT PROPOSÉE.

§ 1. — Précision des éléments formels.

I

Rien ne fait mieux comprendre le droit que d'assister, à la campagne, à une opération de bornage, présidée par un juge de paix.

Le bornage, disent nos livres de pratique[1], est une opération qui a pour objet de situer la ligne séparative de deux fonds de terre contigus, à l'aide de signes matériels appelés bornes, pierres-bornes, ou de toutes autres marques de délimitation admises comme telles par l'usage de l'endroit.

Après avoir examiné les titres, ouï les témoins, compulsé le cadastre, consulté la coutume, étudié les lieux, interrogé les vieux, statué sur les questions de propriété rentrant dans le cadre de sa compétence, il ne va plus rester au juge qu'à fixer la ligne séparative, et à procéder à la plantation des bornes, dont cette démarcation doit être jalonnée par ses soins.

---

1. Notamment Dalloz, *Répertoire pratique*, t. II (1911), V° *Bornage*, n° 1 ; sur l'abornement ci-dessus décrit, voir n°s 50 à 52.

Au jour fixé dans sa sentence, il se transporte aux points litigieux, suivi de son greffier, des parties, de leurs conseils, et aussi d'experts arpenteurs. Avec une rigoureuse minutie, touffe d'herbe par touffe d'herbe ou motte de terre par motte de terre, d'arbre en arbre ou de racine en racine, de pierre en pierre ou de caillou en caillou, sa parole trace et sa main dessine la ligne idéale dictée par son jugement; sous son geste, les experts se courbent, plantent en terre les signes révélateurs. Un procès-verbal circonstancié, contenant la désignation des bornes, des troncs d'arbres, des autres objets matériels employés pour la faire reconnaître, décrira la ligne séparative avec toutes ses sinuosités. Et ces humbles tables de pierre enfouies aux limites des champs dans les alentours de nos villages y maintiendront, pour la suite des siècles, un culte qui n'en a jamais complètement disparu; car si, depuis le paganisme antique, l'homme a détruit bien des autels, dans la vénération un peu superstitieuse du peuple de nos campagnes, le dieu Terme est toujours debout.

Une délimitation : telle est bien la forme extérieure sous laquelle se révèle à nous, dans la pensée, la notion de droit; telle est bien *l'opération de l'esprit* qui y est substantiellement impliquée; et ce sera là, pour commencer, le *substantif* de notre définition recherchée.

Les héritages contigus au milieu desquels, juge de paix sociale, le droit, prononçant souverainement, trace et dicte la ligne séparative, ce sont les activités humaines. Les bornes, ce sont les règles,

qui crient à chacun : attention! ici commence la contrainte, ici expire la libre volonté. Les raisons qui ont déterminé le droit à faire passer la ligne à ce point-ci, plutôt qu'à celui que voilà, plus près ou plus loin de nos regards, on peut aller les chercher là où elles se trouvent, dans la nature, la fatalité, l'histoire, la morale, la raison, la conscience, les mœurs et les croyances, le respect et la considération des personnes ou la balance utilitaire des intérêts ; un seul moment est saisi, fixé, matérialisé, c'est celui où l'idée du droit, surgissant, armée de pied en cap, sous la forme où le cerveau l'enfante, y apparaît, commandant à tous : halte-là! en ce lieu je marque une frontière, la frontière au delà de laquelle, sauf comme moi, nul ne pourra plus dire : je veux!

Un certain nombre d'auteurs semblent déjà s'être approchés, soit par le fond de leur doctrine, soit par les expressions dont ils se servent, du sentiment que nous venons de développer, à savoir que le concept de droit se présente, dans la pensée, sous la forme d'une délimitation arbitrale.

Nous citerons principalement notre savant collègue M. Jèze, qui, dans son récent *Cours de droit public*, sous une rubrique intitulée : *Le droit règle les compétences*, écrit ceci : « *Déterminer* la compétence d'un agent ou la capacité d'un individu, c'est dire *ce que pourra juridiquement vouloir* l'agent ou l'individu, dans quelles conditions (de temps, de lieu, de forme, etc.) il devra vouloir pour que sa manifestation de volonté ait une valeur juridique, c'est-à-dire *ordinairement* pour que la force publique, les

agents de la force publique viennent au cas d'inexécution, réaliser les effets juridiques voulus. — En somme, *le Droit est essentiellement une réglementation de compétences.* Un individu, — agent public ou simple particulier, — a une compétence déterminée par le Droit. Ce que l'individu veut dans le cadre de sa compétence, le Droit s'efforce d'en assurer la réalisation, au besoin par l'usage de la force[1]. » Et si l'on observe que cette définition du droit est présentée, non seulement sur le terrain du droit public, mais aussi du droit privé, on apercevra que sous la différence du langage, l'analyse de M. Jèze et la nôtre tendent à reconnaître au concept de droit une physionomie assez sensiblement la même.

II

L'opération de l'esprit impliquée par la notion de droit étant ainsi précisée, il nous faut maintenant aborder les deux autres éléments essentiels de cette notion : — la *règle* (précepte, ordre, commandement,

---

1. Jèze, *Cours de droit public*, 1913, pp. 6-7. — Dans sa thèse précitée sur l'*Origine de l'idée du droit*, M. Gaston Richard, soutient la théorie suivant laquelle le droit trouverait son origine dans l'arbitrage, et ne serait lui-même qu'un *arbitrage social*. — Enfin, nous remettons à un travail ultérieur comprenant l'analyse des définitions du droit proposées à l'étranger (cf. *suprà*, p. 98, note 1), la discussion de la définition de Korkounov qui voit dans le droit une « *délimitation* (ou mieux un « départage ») des intérêts » (V. trad. Tchernoff, précitée, p. 62 et s.). Il y a là une définition qui se rapproche beaucoup de l'idée que nous présentons ci-dessus ; toutefois nous différons d'opinions avec le très regretté professeur de l'Université de Pétrograd sur un certain nombre de points, que nous espérons trouver l'occasion de formuler ainsi qu'il vient d'être dit.

injonction, « norme ») — et la *sanction* (contrainte, astreinte, coercition).

La définition d'Aubry et Rau y réduisait, nous l'avons vu, toute la définition du droit[1]. C'était également la pensée de Kant; et Ihering aussi voyait dans « la norme » et « la contrainte » les deux « moments » de la définition « formelle » courante de son temps, définition qu'il approuvait sur le terrain de la logique[2]. Et c'est d'ailleurs la conclusion à laquelle nous avait amené la discussion rationnelle que nous avions conduite en prenant pour base les brocards latins des *Institutes* de Justinien[3].

L'analyse interne de la *règle*, qui a fait l'objet de savants travaux[4], ne rentre pas dans le cadre de la présente étude. Il nous suffit de relever ici sa place nécessaire dans la définition du droit, et aussi la double forme sous laquelle elle doit y être précisée. La règle, en effet, nous l'avons vu, est susceptible de se manifester sous un double aspect : tantôt elle commande une abstention (c'est le précepte négatif, type *alterum non lædere*), tantôt elle impose une action (c'est le précepte positif, type *suum cuique tribuere*). La définition devra naturellement tenir compte de cette distinction. Et puisque nous concevons le droit comme une délimitation, nous dirons, en conséquence, que le droit détermine la limite entre ce qui est interdit et ce qui demeure permis

1. V. *suprà*, IIe partie, ch. I.
2. V. *suprà*, IIe partie, ch. III.
3. Voir *suprà*, Ire partie, ch. I, p. 22.
4. Notamment Roguin, *la Règle de droit*, précitée (spécialement Ire partie, pp. 41 à 112). — Korkounov, trad. Tchernoff, § 23 et s., p. 187 et s.

(précepte négatif), entre ce qui est ordonné et ce à quoi on n'est pas forcé (précepte positif), ou enfin en d'autres termes, que le droit détermine *ce qu'il est permis ou défendu de faire et de ne pas faire*, par voie de délimitation.

III

Quant à l'élément tiré de la *sanction*, il importe (contrairement aux habitudes prises) d'insister quelque peu ici au sujet des expressions par lesquelles il convient de le préciser dans la formule de la définition du droit; car c'est cet élément, nous l'avons vu [1], qui confère à la notion de droit son caractère *spécifique*, relativement aux notions voisines dont il se rapproche par le genre, et qui se présentent, elles aussi, sous l'aspect d'une délimitation de ce qu'il est permis ou défendu de faire et de ne pas faire (religion, morale, mœurs, etc)...

On sait ce qu'il faut entendre par la « contrainte » qui sert de sanction au droit. C'est, purement et simplement, la force, la « coercition extérieure et physique » dont parlent Aubry et Rau, et qui permet d' « astreindre » l'homme à l'observation des règles prescrites. C'est, pour les individus, l'appréhension au corps ou dans les biens, la mainmise sur la personne ou le patrimoine; ce sont les « voies d'exécution ». L'idée est simple : la manière de la rendre est plus délicate, surtout lorsqu'il s'agit d'embrasser les conflits de collectivités.

---

1. *Suprà*, p. 68 et note 1, et p. 76.

Certes, les expressions dont on use généralement pour désigner la sanction du droit paraissent techniquement irréprochables. Est-il permis cependant de soutenir qu'à raison de cette technicité même, il y a lieu de se tenir un peu sur la réserve ?

1° D'abord, la notion de droit, nous l'avons dit, est une notion intéressant à tel point tous les hommes, que nous recherchons une définition qui, sans perdre son caractère scientifique, puisse être comprise par le premier individu rencontré[1]. Or, il faut bien le reconnaître, les mots d' « astreinte » ou de « coercition », par leur caractère abstrait, sont, pour des cerveaux profanes, assez difficilement intelligibles.

La solution serait aisée, si, dans le détail de l'analyse, les voies de coercition qui servent de sanction au droit étaient en nombre restreint. Par exemple, si nous n'avions à mentionner que les condamnations ou les saisies auxquelles s'expose celui qui enfreint le droit, le procédé serait alors tout simple, et l'on définirait le droit : *la délimitation de ce qu'il est permis de faire et de ne pas faire sans encourir une condamnation ou une saisie.* Cette formule offrirait en outre le grand avantage de correspondre, d'une manière parfaite, à la définition du droit telle que le peuple la conçoit. Interrogez un paysan ou un ouvrier : le droit, vous répondra-t-il dans son langage[2], c'est « tout comme » il est possible de se

1. Voir *suprà*, p. 64 à propos de la définition d'Aubry et Rau.
2. Cette réponse même nous a été faite, mais dans un patois pittoresque dont nous regrettons de ne pouvoir reproduire ici toute la saveur.

conduire, sans « mie » avoir affaire aux juges, aux huissiers, aux gendarmes, commissaires de police, sergents de ville, gardes municipaux, gardes champêtres, gardes-pêche, gardes-chasse, gardes messiers, et, en général, aux représentants de la force publique de toute robe et de tout habit. Et c'est la vérité même.

Malheureusement, si la condamnation et la saisie sont les principales formes extérieures sous lesquelles se matérialise aux yeux de tous la sanction des règles juridiques, il s'en faut de beaucoup pourtant qu'elles soient les seules. Rien qu'en nous cantonnant sur le terrain du droit civil ou du droit commercial, nous trouvons des modes très divers par lesquels s'exerce, de nos jours, l'exécution privée[1], qui ne sont pas *strictement* des saisies; il y a même des moyens parfois étranges qui défendent la propriété[2]. Puis, si nous passons au droit pénal, *quid* des actes de légitime défense, où l'on voit, assez exactement, des sanctions du droit violé? Et enfin, dans le domaine des conflits collectifs, sociaux ou internationaux, des voies d'exécution s'offrent à nous suivant une hiérarchie suggestive où la guerre (*bellum justum*) occupe, hélas, encore son échelon! On aperçoit toute la difficulté de trouver, par une énumération adéquate, le moyen de concrétiser l'idée de sanction dans la définition du droit.

Comment donc résoudre cette première question?

---

1. Demogue, *op. cit.*, p. 638 et s. (cf. *supra*, pp. 62, 63, 64 et les notes).
2. *Id.*, p. 646, note 4 (emploi d'engins automatiques disposés dans une propriété).

faut-il grouper toutes les sanctions possibles sous des vocables moins abstraits que les expressions de « coercition » ou « d'astreinte », mais exigeant un plus grand nombre de mots (péchant dès lors contre la brièveté) telles que : « voies de contrainte », « appréhension au corps ou dans les biens », « mainmise sur la personne et le patrimoine », ou encore, simplement, « les sanctions de la force » ?

Nous livrons ce problème de technique à la sagacité des juristes, convaincu qu'un autre que nous saura très élégamment en découvrir la solution.

Quant à nous, pour l'instant, notre opinion est faite. De deux maux, il faut choisir le moindre. Et puisque le défaut d'imagination nous oblige, en cette occurrence, à opter entre deux victimes, la brièveté ou la clarté, c'est la brièveté qu'avec mélancolie nous nous résignerons à sacrifier. Au surplus, l'énoncé de la sanction constitue, nous l'avons dit, dans la définition du droit, la précision de son *unique* élément spécifique : nous sommes donc autorisé à y employer plusieurs mots.

Et nous irons même plus loin. Ces expressions de *condamnation* et de *saisie*, nous estimons qu'il convient de les y maintenir. Il y a là, suivant nous, des termes qui, au point de vue formel, présentent une valeur incomparable. Nous proposons de les conserver.

Il n'y aura plus, alors, qu'à les faire suivre d'une formule générale englobant tous les autres emplois de la force réquisitionnée, mise en jeu, « domestiquée[1] » pour le service du droit : et à cette fin, les

1. H. Berthélemy, *loc. cit.* (*suprà*, p. 123).

mots les plus simples, les plus naturels, les premiers qui viennent à l'esprit — ceux-là mêmes, peut-être, dont nous venons d'user : « une *mise en jeu* de la force » — y seront les mieux adaptés.

2° Toutefois, dès lors que l'on fait ainsi choix d'une expression générale pour énoncer les divers modes de contrainte, autres que les condamnations et les saisies, appelés à sanctionner l'observation des règles juridiques, une précaution indispensable s'impose.

La force est une auxiliaire terrible. Même « domestiquée » au service du droit, elle deviendrait tôt la servante-maîtresse, accaparant l'ensemble du logis bien avant la fin du cinquième acte, et criant au maître : hors d'ici ! « La maison est à moi, c'est à vous d'en sortir ! », si l'on n'avait au préalable la sagesse de doser sévèrement son emploi. Dans les cas, même les plus légitimes, où, pour la défense du droit violé, l'on met en jeu cette arme redoutable, il est nécessaire que l'usage en soit essentiellement limité. De même que, dans la peine capitale prononcée au nom de la société, les procédés cruels sont bannis, et que, dans la défense individuelle, une mesure doit être gardée, de même, dans la guerre la plus meurtrière, le droit des gens proscrit les méthodes barbares, édicte le respect des blessés, des captifs, des non-combattants (femmes, enfants, vieillards, malades) et des ressortissants des pays non belligérants[1], prohibe les engins sauvages...

1. Cf. le message du Président de la République des États-Unis, M. Wilson, au Congrès américain, le 27 février 1917 :

« J'ai parlé de notre commerce et des voyages maritimes légiti-

Les temps où nous vivons dispensent d'insister.

On sent donc toute l'urgence qui s'attache à ce que, dans la définition du droit, nous ne mentionnions pas d'une façon vague, à titre de sanction de ses règles, un emploi *quelconque* de la force. Il est essentiel, au contraire, de préciser, autant qu'il y a moyen de le faire dans une formule générale, qu'il s'agit d'un emploi mesuré, caractérisé, et, si possible, spécifié, — bref, d'une *mise en jeu particulière expressément déterminée.*

3° Le même devoir de *précision* nous oblige encore, d'un autre côté, à peser les termes à adopter pour viser les sanctions de la force.

Car ce n'est pas par ces voies de la contrainte que les juristes vraiment épris du droit entendent surtout le voir respecter. « Si la société n'était compo-

---

mes de nos concitoyens ; mais vous ne vous laisserez pas induire en erreur qnant à mes idées dirigeantes, idées qui sont la base de ces paroles et leur donnent leur dignité et leur poids.

« Nous ne pensons pas seulement aux intérêts matériels, mais plutôt aux droits fondamentaux de l'humanité, et au principal de tous, le droit à la vie.

« Je ne pense pas seulement au droit des Américains d'aller et de venir par les mers pour leurs affaires, mais également à quelque chose de bien plus fondamental que cela. *Je pense à ces droits d'humanité sans lesquels il n'y a pas de civilisation.* Ma pensée va à ces grands principes de compassion et de protection dont l'humanité cherche à couvrir les vies humaines, vie des non-combattants, la vie des hommes qui, paisiblement, conservent vitaux les procédés industriels du monde, la vie des femmes, des enfants et de ceux qui fournissent le travail qui assure leur subsistance.

« Nous ne parlons pas de droits matériels égoïstes, mais des droits que nos cœurs appuient et dont le fondement est la passion légitime pour la justice sur laquelle toutes les lois, toutes les institutions de la famille, de l'État et de l'humanité doivent reposer comme sur la base ultime de notre existence et de la liberté. Je ne puis croire qu'un homme ayant à cœur les principes américains hésite à défendre cela. »

sée que d'hommes parfaits », a écrit excellemment Korkounov, l'éminent professeur à Pétrograd, « la contrainte serait superflue. Même dans la société réelle qui comprend les hommes avec leurs faiblesses, on est obligé de reconnaître que l'ordre juridique est d'autant plus normal que la contrainte s'exerce plus rarement[1] ». Louis XIV faisait graver sur ses canons une devise, demeurée célèbre, exprimant que le recours aux armes n'est que la raison dernière des rois, *ultima ratio regum* : les condamnations, les saisies, la mise en jeu des sanctions de la force ne sont également, pour le droit, que la raison qui vient la dernière, *ultima ratio legum*.

C'est pourquoi nous avons le devoir de n'insérer encore, de ce chef, dans la définition du droit, que des termes dont le sens mesuré précise tout ce que l'appel aux sanctions comporte de retenu, *d'éventuel*. A cet égard, la formule que nous avons employée jusqu'ici, où le droit est représenté comme « la délimitation de ce qu'il est permis de faire et de ne pas faire *sans encourir* une condamnation ou une saisie » nous paraît de nature à donner une certaine satisfaction, sans qu'il soit, pensons-nous, indispensable d'ajouter l'adverbe « éventuellement » dans une définition où, malgré nous, mais par respect pour la précision et la clarté, nous sommes déjà tant obligé de faire souffrir la brièveté[2].

---

1. Korkounov, trad. Tchernoff, 2e éd., pp. 107-108.

2. Nous ne reviendrons pas, non plus, sur toutes les autres observations concernant la sanction du droit que nous avons formulées, chemin faisant, à propos des définitions du droit que nous avons eu à examiner. Il est bien évident qu'ayant nous-même présenté ces observations, nous en avons rigoureusement

Le travail de précision auquel nous venons de nous livrer concernant les trois éléments formels qui permettent de situer et de définir le concept du droit par son genre et par son espèce, nous fournissent maintenant des matériaux suffisants pour commencer à échafauder une formule de définition.

A cette fin, il conviendrait d'ajuster bout à bout tous les termes où nous avons tenté, morceau par morceau, de concentrer les caractéristiques de ces trois éléments.

Nous obtiendrions ainsi la formule provisoire suivante : *le droit, c'est la délimitation de ce qu'il est permis de faire et de ne pas faire sans encourir une condamnation, une saisie, une mise en jeu particulière de la force.*

§ 2. — Évocation des principaux aspects.

Notre travail de *précision* terminé, il va nous falloir, à présent, procéder par *évocation.*

Rappelons brièvement en quoi consiste la tâche.

Il s'agit d'introduire dans la définition du droit un nombre restreint de mots, choisis à raison des idées qu'ils sont susceptibles d'évoquer.

Ces idées, ce sont celles qui se rattachent à l'analyse de la notion de droit envisagée sous ses princi-

---

tenu compte. Nous avons, avec intention, groupé la plupart des remarques concernant les éléments formels du droit sous la première définition unique que nous avons eu à étudier, celle d'Aubry et Rau (*suprà*, IIe partie, ch. I et spécialement p. 59, note 2, relativement à la sanction du droit dans les relations internationales.

paux aspects : points de vue positif, — rationnel, naturel ou idéal, — scientifique, — objectif, — subjectif, sans oublier, comme on le fait trop souvent, que la définition du droit doit pouvoir être appliquée, dans l'intégralité de son texte, aux relations internationales.

I

Le *substantif* que nous avons adopté pour base de notre définition, celui qui définit le droit par l'opération de l'esprit que le droit implique, nous permettra, sans qu'aucune addition soit nécessaire, de dominer les trois premiers points de vue.

Cela se conçoit aisément.

Qu'est-ce donc que le droit positif ? C'est la *délimitation*, au moyen de formules écrites ou non écrites, de ce qu'il est permis de faire et de ne pas faire sans encourir les sanctions ci-dessus définies, à une époque donnée, pour une société déterminée.

Qu'est-ce que le droit rationnel, naturel, idéal ? C'est la même opération de *délimitation*, s'effectuant dans la raison ou la conscience, sous l'empire des principes supérieurs dont s'inspirent les règles du droit.

Il n'est pas jusqu'au point de vue de la science et jusqu'à celui du droit appliqué où il ne soit encore exact de dire que le droit est une *délimitation*.

Oui, le législateur, le philosophe, le magistrat, l'avocat, l'homme de doctrine, tous, quand ils font du droit, effectuent la même opération de pensée. Sollicités les uns et les autres, dans des circonstances

différentes et sous les couleurs les plus variées, de répondre à des questions multiples, mais dont le fond reste toujours le même, tous, déterminant ce qui est permis ou défendu, ce qui est prescrit ou ce qui ne l'est pas, recherchent ou accomplissent cette délicate délimitation.

L'expression que nous avons adoptée apparaît comme l'équivalent logique de celle dont usaient Aubry et Rau [1] et qui leur permettait, nous l'avons vu, de dominer, par la vertu d'une seule formule, le droit positif, le droit naturel, le droit appliqué, la science du Droit : le vocable que nous avons choisi est susceptible, croyons-nous, de rendre un service identique.

Peut-être estimera-t-on que nous aurions pu, pour nous conformer à des habitudes acquises, ajouter à notre « substantif » l'évocation *des règles* où le droit s'inscrit : « la délimitation, *par le moyen de règles....* »; cette addition, éveillant dans l'esprit l'image des textes de toute nature, Codes, lois, décrets, coutumes, offrirait même l'avantage de préciser la distinction que nous avons établie entre la notion de droit et les règles par où le droit s'exprime; elle spécifierait que les règles du droit ne sont ni le droit, ni la fin du droit, mais simplement, pour le droit, *le moyen*. Mais elle n'évoque le droit appliqué que d'une manière très imparfaite. A tout prendre, il vaut mieux s'en abstenir.

---

1. Voir *suprà*, p. 57.

II

L'évocation des autres points de vue, le point de vue « objectif » des juristes du droit public, et le point de vue dit « subjectif », doit provoquer, au contraire, dans la formule de définition que nous avons provisoirement rédigée, l'apport d'un contingent de mots nouveaux.

On pourrait opérer, « par tâtonnements ». Cette manière de procéder à la recherche de résultats scientifiques n'est pas absolument recommandable. Plus complexe paraît le problème, plus rigoureuse doit être la méthode qui permet d'en dégager la solution.

Et, pour commencer, posons-en clairement l'énoncé.

Il va nous falloir trouver des mots qui, dans la définition du droit, éveillent, par les voies de l'intuition, l'image de ce que peut être cette notion lorsqu'on l'envisage, soit au point de vue dit « objectif » (c'est-à-dire au point de vue de l'intérêt social qui s'attache à la *délimitation* ci-dessus) soit au point de vue dit « subjectif » (c'est-à-dire au point de vue des avantages, bénéfices, prérogatives qui découlent de cette *délimitation* en faveur de l'individu).

Quels sont les mots qui conviennent ? Voilà la question posée.

Et voici maintenant la méthode pour en rechercher la solution.

On nous parle de droit « objectif » et de droit

« subjectif » : eh bien ! examinons donc ce qu'il y a sous ces expressions

Quel est *l'objet* sur lequel le droit porte ?

Quels sont les *sujets* qu'il régit ?

Les mots qui répondent à cette double interrogation seront ceux que nous choisirons.

1° *Objet du droit : la liberté.* — S'il existe une vérité d'une clarté tellement aveuglante qu'elle devrait se passer de toute démonstration et constituer, pour les juristes, un axiome fondamental placé à la base de leur science, c'est celle-ci : *que l'objet du droit, c'est la liberté.*

Nous définissons le droit comme une délimitation : c'est la détermination de ce que chacun *peut* faire et ne pas faire, par opposition à ce qu'il est *forcé* de faire, parce que cela est ordonné sous des sanctions coercitives, ou à ce dont il est *forcé* de s'abstenir, parce que cela est interdit sous les mêmes sanctions. Être forcé de faire ou de s'abstenir, c'est le champ de *l'obligation ;* pouvoir faire, pouvoir ne pas faire, c'est celui de la *liberté.* Délimiter liberté et obligation, c'est l'objet essentiel du droit.

M. Jèze définit le droit : « une réglementation de compétences » et la compétence, dit-il, c'est le « pouvoir de vouloir » le « pouvoir de manifester sa volonté[1] ». Or, qu'est-ce donc que « pouvoir vouloir », « pouvoir manifester sa volonté », sinon la liberté elle-même aperçue, saisie, photographiée dans une de ses envolées ? Pouvoir vouloir,

1. Voir *suprà*, p. 143.

pouvoir ne pas vouloir, pouvoir agir, pouvoir ne pas agir, pouvoir penser, pouvoir ne pas penser, ou, pour serrer encore de plus près les réalités concrètes, pouvoir aller et venir, manger, dormir, rêver, philosopher, vivre et mourir, à sa mode, à son gré, à son heure, à sa guise, à sa fantaisie, sans permission à demander à personne, sans subir l'entrave de quiconque, tout cela, c'est la *liberté*. Et c'est le droit, censeur rigide, qui intervient pour la limiter.

Cela paraît si élémentaire qu'on peut véritablement se demander comment il se fait qu'en 1917, un juriste, s'adressant à des juristes, puisse se croire encore tenu d'avoir à écrire de pareilles choses!

Hélas! la pensée allemande a passé par là. La métaphysique, il y a cent ans, en Allemagne, s'est emparée de la définition *formelle* du droit, telle, ou à peu près, que nous essayons de l'ébaucher ici; et les résultats engendrés par cette prise de possession, il est permis de les caractériser en transposant la fameuse boutade de Pascal[1] : ne pouvant pas faire, dirons-nous, que ce qui était obscur fût clair, on a fait que ce qui était clair fût obscur.

L'idée claire, c'était celle qui se dégageait de la Déclaration des droits de l'homme[2] et dont, s'ils eussent été moins éblouis par l'éclat des « loix »[3], les jurisconsultes de la Révolution et de l'Empire

---

1. « Ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste. » (*Pensées*, éd. Brunschwicg, n° 298.)

2. « La liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. »

3. Voir *suprà*, Ire partie, ch. II, p. 27.

auraient certainement pu déduire, avec aisance, la définition formelle du droit.

C'est à Kant qu'en est revenu l'honneur. Il l'a fait conformément à son système, dégageant dans une langue difficile, mais avec une méthode exacte, le concept formel du droit tel qu'il se présente en raison pure [1].

Après quoi, malheureusement, survinrent ses disciples. Ceux-ci, au lieu de veiller avec scrupule à l'établissement et au maintien de la distinction fondamentale entre le concept et son objet, entre la forme de la pensée et ce qui s'y trouve renfermé, confondirent le contenant et le contenu, et englobèrent dans leur exégèse malencontreuse la définition formelle elle-même [2].

Aujourd'hui, le tort est, en partie, réparé. On a su montrer en doctrine combien, pour rendre aux idées philosophiques fondées sur la Déclaration des droits de l'homme la place qui leur est due, il importe de distinguer la *notion de droit* envisagée en elle-même, c'est-à-dire dans ses caractères *formels*, d'avec son *contenu* et sa *fonction*, la réponse à ces deux dernières questions constituant plus spécialement ce qu'on appelle « la doctrine métaphysique du droit [3] ». Mais un dernier effort reste à faire ;

---

1. Voir *suprà*, IIe partie, ch. III, p. 92 et s.
2. *Eod. loc.*, p. 96.
3. Voir notamment J. Bonnecase, *la Notion de droit au XIXe siècle*, article précité, *Revue générale*, 1915, pp. 332-333 (définition du droit naturel); p. 336 (distinction entre les trois questions : *nature* et caractères *formels* de la notion,— *contenu* de la notion,— *fonction* de la notion de droit) et 1916, n° 29, p. 226 et s.; n° 30, p. 356 et s.; (la « doctrine métaphysique » du droit); n° 32, p. 358 (conclusions de la doctrine métaphysique). Ces dernières conclusions, opposées

c'est celui qui nous attend ici. Il faut reprendre à nouveau la définition formelle pour la dégager des erreurs qui l'ont compromise. Car, de la part des successeurs de Kant, la méprise fut tellement forte, que sous les coups d'Hegel, d'Ihering[1], puis des théories sociologiques[2], il est devenu presque impossible aujourd'hui de tenter une définition du droit où figure le mot de *liberté*, tant on se heurte à un préjugé enraciné depuis cent ans.

La démonstration qu'il nous faut donc apporter ici, c'est celle qui consiste à établir que, fût-on partisan des doctrines philosophiques ou sociologiques les plus opposées au point de vue des disciples de Kant, il faudra toujours en revenir à définir le concept de droit comme une *délimitation de liberté*.

A cet effet, rappelons brièvement l'argumentation sous laquelle a fléchi l'école des disciples de Kant. Dire que le droit a pour objet de délimiter les libertés, c'est lui assigner un but trop étroit : la réglementation des *coexistences*. Or, les hommes ne sont

---

aux déductions abstraites et brumeuses des successeurs de Kant (Tanon, *op. cit.*, p. 4 et s.), mettent en lumière la possibilité qu'il y avait de développer les théories individualistes incluses dans la Déclaration des droits de l'homme et dans la philosophie de Kant, sans nécessairement faire de la définition du droit de Kant la formule de la philosophie de la coexistence, et en lui conservant son caractère propre de définition *formelle*, planant au-dessus de toutes les théories imaginables sur le contenu de la notion de droit, métaphysiques, individualistes ou sociologiques.

1. Voir Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, t. IV, p. 317 et s., § 70 *ab init.* Cf. *suprà*, p. 101 *bis*, note 4.

2. Voir notamment Korkounov, trad. Tchernoff, pp. 95 et 96 (critique de la définition du droit comme « normes de la liberté »). Le dernier alinéa de ce paragraphe devrait être cité en entier, pour faire sentir, dans toute sa force, le préjugé contre lequel il nous faut maintenant lutter ici. Cf. *suprà*, p. 143, note 1, *in fine*.

pas seulement coexistants : ils sont amalgamés, soudés, interdépendants, solidarisés, et ce que le droit réglemente, ce n'est pas leur coexistence, c'est leur coopération[1].

Au fond, l'objection formulée contre l'école de Kant paraît pleinement justifiée. Mais ce n'est pas du fond qu'il s'agit ici : c'est de la forme, et, à ce point de vue *formel*, l'argument est inopérant.

Reprenons, pour établir cette preuve, l'explication du droit par la théorie du bornage, dont nous étions parti au début (et dont la Déclaration des droits renvoie également le reflet). Pierre et Paul sont voisins de campagne, plaidant sur la ligne séparative tracée entre leurs héritages ; le juge de paix, saisi du bornage, intervient pour les délimiter, et régler ainsi la *coexistence* des deux propriétaires en désaccord. Supposons maintenant que notre juge, magistrat conciliateur par excellence, doué d'une persuasion peu commune, parvienne, par la magie de sa parole, à faire tomber dans les bras l'un de l'autre les deux processifs voisins. Ils ne veulent plus du bornage, car ils mettent en commun leurs biens : ce n'est plus de la coexistence, c'est de la *coopération*. Mais « qui a compagnon a maître », disent nos vieux auteurs coutumiers, et le bon juge de campagne qui a tellement bien arrangé l'affaire ne sera pas libre de sitôt : car admettra-t-on que Pierre travaille, et que Paul ne songe qu'à se reposer ? et comment se répartiront les fruits : par parts égales au prorata du travail, ou au prorata des appétits ?

1. Cf. *supra*, p. 99 et 109.

Bref, au lieu d'une délimitation de bornage, nous aurons un règlement de co-propriété, ou bien des statuts de société, écrits ou oraux, convenus par les parties ou résultant de la loi elle-même ; et le dernier mot sera toujours : Paul fera ceci, et Pierre fera cela ; Paul s'abstiendra de ceci, Pierre s'abstiendra de cela. Quand bien même, au lieu de deux propriétaires voisins, on ferait entrer dans cette communauté tout le village, tout le canton, tout l'arrondissement, toute la province, si étendue que soit la « coopération », elle se traduira toujours pour les « coopérateurs », comme pour de simples « coexistants », par une *délimitation des libertés.*

On pourrait multiplier les exemples. Beudant, au début de son livre [1], montrant que la notion de droit s'analyse en un concept naturel répondant à un instinct (l'instinct de sociabilité), qualifie le droit d' « harmonie des libertés ». Cette image n'est pas seulement belle en soi [2], elle est aussi profondément exacte, et se prête d'une manière très appropriée à la

---

1. Beudant, *le Droit individuel et l'État*, n° 2 *in fine* et n° 3 *ab init.*, 2e éd., p. 7. Cf. Caro, *Morale sociale*, passages cités par M. Bonnecase, *Rev. gén.*, 1916, précitée, n° 30, p. 356.

2. A un endroit différent Beudant, pour désigner l'objet du droit, parle de l' « *équilibre* des libertés » (*ubi suprà*, n° 91 *in fine* p. 147). Cette image de l'équilibre a été reprise par M. Hauriou (*le Point de vue de l'ordre et de l'équilibre, Recueil de législation de Toulouse*, 1909, et *Principes de droit public*, 1910, ch. I), qui rapproche ses propres idées de celles exprimées par M. Bergson. Image pour image, nous préférons celle de « l'harmonie ». Elle donne l'intuition de la recherche d'un ensemble, tandis que celle d'équilibre a quelque chose de fatal, de négatif (cf. « l'interdépendance » opposée à la solidarité) : on y sent la lutte contre des forces adverses de la nature, telles que la pesanteur. Ne vaut-il pas mieux dire, avec les anciens : *Membra sumus corporis magni?* — Sur la méthode qui consiste à « procéder par *vision* dans les choses de la métaphysique », cf. Bergson, *la Perception du changement* (conférences à Oxford, mai 1911).

démonstration que nous poursuivons. Y a-t-il rien de plus amagalmé, de plus soudé, de plus « interdépendant », de plus solidaire que les musiciens d'un orchestre exécutant un morceau de concert? L'oreille est charmée par les accords; mais à quel prix est donc obtenue cette agréable symphonie? Chaque instrumentiste, à son pupitre, obéit à la partition qui lui commande de jouer, à tel instant, telle note, et à tel autre moment de se taire, le temps d'une mesure, d'une pause, d'un soupir : faire ou s'abstenir, c'est toujours un règlement d'obligation. Comme le droit, la musique a ses « normes ». Et comme la musique, la coopération sociale qui vise, elle aussi, à l'harmonie, aboutirait à un désordre sans nom, si chacun, placé à son pupitre, n'obéissait aux *partitions* du droit.

C'en est assez. On s'épuise à prouver l'évidence. Être réduit à établir que la « délimitation de ce qu'il est permis de faire et de ne pas faire sans encourir de condamnation, de saisie, de mesure de contrainte d'aucune sorte », est une opération qui porte sur la liberté, c'est se voir obligé de démontrer qu'il fait jour quand le soleil marque midi.

L'objet du droit, c'est la liberté. Ce mot de *liberté*, suivant l'exemple de Bufnoir, nous le placerons au centre de notre définition, là où frappe la pleine lumière. C'est bien le terme évocateur. Il suffit de le prononcer pour voir surgir presque tous les problèmes.

2° *Sujets du droit : les hommes et leurs groupements.* — D'après les observations qui précèdent, nous aurions à définir le droit : « la délimitation *de*

ce que chacun a la liberté de faire et de ne pas faire sans encourir de condamnation, de saisie, etc. ». Or, on ne peut pas encore s'arrêter là.

Si nous adoptions définitivement cette formule, nous donnerions raison à ceux qui prétendent, ainsi que Korkounov, que « la définition du droit comme « normes de la liberté » est une manifestation de la tendance individualiste dans la science du droit[1] ». Nous verrions s'élever immédiatement M. Duguit, armé de ses droits « sociaux », l'assistance sociale, l'instruction obligatoire, alléguant, non sans raison, que notre définition n'en tient aucun compte, ne les évoque nullement. Et nous avons ici le devoir, ayant très sévèrement critiqué les définitions sociologiques qui, sous couleur de droit « objectif », n'envisagent le droit que d'un côté, le côté social, de ne pas tomber, à notre tour, dans le même travers en sens inverse, et de n'évoquer le droit que sous les espèces où il se présente au seul regard de l'individu. Or entre ces deux points de vue la définition unique du droit doit se tenir à distance égale, afin de les dominer tous deux. Après le point de vue « subjectif », il nous faut évoquer maintenant le point de vue « objectif », le point de vue social.

Pour cela, ce qu'il convient de déterminer, ce sont les sujets que régit le droit. — De la sorte, par une ironie singulière des termes (qui montre bien l'infirmité originelle de ces expressions d'outre-Rhin, où les mots, — eux aussi ! — disent le contraire de ce qui est), tandis que c'est en examinant

---

1. Korkounov, trad. Tchernoff, *loc. cit.*, p. 45.

l'*objet* du droit, la liberté, que nous avons fait surgir l'image de l'individu (aspect *subjectif* du droit), c'est en recherchant quels sont les *sujets* du droit que nous allons évoquer le point de vue social, que M. Duguit qualifie d' « *objectif* ».

Il n'est plus possible aujourd'hui, en effet, de se contenter de définir le droit : « ce que *chacun* a la liberté de faire... », ainsi que nous venions de le formuler. Les expressions employées par Aubry et Rau et Bufnoir, *l'* « *homme* », « astreindre *l'homme* » (Aubry et Rau), « la liberté de *l'homme* en conflit avec la liberté *d'autrui* » (Bufnoir), tout cela, au vingtième siècle, a cessé d'être satisfaisant. Ce n'est certes pas inexact, mais ce n'est plus suffisamment évocateur.

Il ne faut pas seulement parler de *l'homme ;* il faut dire : *les hommes* et *leurs groupements*[1].

C'est fini de représenter le droit comme au temps des vieux Quirites, tranchant des conflits individuels. La lutte pour la vie met aux prises, conscients de ce combat, l'individu et la société. A vrai dire, ce spectacle fut de toujours. Mais tandis que les Romains se résignaient, s'ouvraient les veines dans un bain, ou se précipitaient sur la pointe de leur glaive, en léguant à la postérité l'expression d'un suprême désenchantement (*quidquid principui placuit, legis habet vigorem*), de nos jours, l'individu résiste : bien plus, il attaque même, et souvent l'État omnipotent, la société toute-puissante apparaissent dans nos controverses sous les traits de l'humble défendeur. Mais, à côté de l'État, combien d'autres collecti-

1 Cf. Michoud, *Théorie de la personnalité morale*, I, n° 52, p. 113.

vités sont en jeu ! Conformément à la prophétie de Proudhon, le vingtième siècle a « ouvert l'ère des fédérations ». La loi française sur les associations, doublant la loi sur les syndicats et renouvelant la charte des groupements telle qu'elle existait depuis cent ans, a précipité dans la vie juridique des agrégats d'un ordre inquiétant, comme ces trusts internationaux qui, prudemment blottis jusqu'alors en marge de nos divers Codes, apparaissent désormais en lumière, peu soucieux de l'obstacle des frontières, même quand la plus effroyable guerre y moissonne les hommes par milliers, équivoques aujourd'hui, formidables demain.

Enfin, la définition du droit pourrait-elle négliger d'évoquer, outre la lutte entre l'individu et les diverses collectivités, la lutte des collectivités entre elles ? Sur les pentes agrestes des Sept collines, le vieux symbolisme romain unissait l'airain et la balance : à présent, la balance elle-même, dont chaque plateau supporte un hémisphère, doit avoir la dureté de l'airain. La terre est témoin d'un duel dont son globe entier est l'enjeu. Deux groupements d'hommes s'entrechoquent, jusqu'à ce qu'entre eux la victoire décide. Jamais heure plus solennelle n'aura, dans les annales de l'histoire, sonné au cadran de l'humanité : car cette heure, ce sera celle de la liberté par le droit.

Nous définirons donc le droit : *la délimitation de ce que les hommes et leurs groupements ont la liberté de faire et de ne pas faire, sans encourir une condamnation, une saisie, une mise en jeu particulière de la force.*

CONCLUSION

> « Dans le développement de la pensée contemporaine, l'Angleterre représente l'intérêt, l'Allemagne représente la force, la France ne serait plus elle-même si elle venait à cesser de représenter le droit. »
>
> (Beudant, *Le droit individuel et l'État*, 2e éd, 1891, p. 288.)

Parvenu au terme de notre travail, il nous est possible, à présent, d'expliquer très brièvement pourquoi nous l'avons entrepris.

Nous avons poursuivi, d'abord, une satisfaction de l'esprit.

Le procédé pédagogique actuel consistant à donner du droit quatre ou cinq définitions successives, suivant les divers points de vue où l'on se place, nous l'avions, à maintes reprises, comme la plupart de nos collègues, employé dans l'enseignement. Chaque fois, il nous laissait mécontent et chagrin. La définition unique telle qu'elle nous tourmentait la pensée, expurgée de termes trop techniques et aussi brève que possible, il nous semblait gênant, vexant, illogique surtout qu'elle fît justement défaut au droit.

Le droit est un principe d'ordre. La science du droit est une science abstraite, toute de mots par conséquent, exigeant des définitions nettes. Cette science, la nôtre, autrefois austère et rude, s'est bien assouplie depuis vingt ans au contact des sciences circonvoisines ; soit : contre des méthodes trop scolastiques qui risquaient de la pétrifier, une réaction était nécessaire. Mais il faut éviter tout excès. Il est temps d'accentuer, suivant nous, une certaine rigueur de logique jointe à une ferme discipline de précision, de rappeler aux générations nouvelles qu'en dépit de multiples contingences impossibles à méconnaître et qu'il est indispensable d'observer, le juriste doit s'accoutumer, par-dessus tout, à conclure et à définir.

Avons-nous tort ? Avons-nous raison ? Si nous avons tort, on nous le dira.

Nous avons obéi encore à d'autres considérations, d'un caractère plus général.

C'est un fait contrôlé dans l'histoire qu'à la suite des grandes épreuves ayant bouleversé son existence, une nation éclairée « repense » son droit[1]. Les controverses juridiques nées des graves antagonismes collectifs et individuels qui allaient de plus en plus en s'accentuant à la veille de la guerre européenne, débordent déjà tous les domaines. Des faits spéciaux à la guerre, un droit spécial a vu le

1. Cf. Gaston Richard, *Essai sur l'origine de l'idée du droit*, précité, p. 223 : « C'est après une crise aiguë marquant époque dans la vie d'un groupe social, que le rôle de l'idée du droit est le plus grand et le plus tragique. »

jour. Allocations aux familles de mobilisés, assistance aux réfugiés de toutes catégories, contrôle des œuvres de guerre, évaluation des dommages de guerre et reconstitution des régions envahies, solution de l'énigme des loyers, sous des aspects variés, partout la même question surgit : les collectivités sont appelées au secours des individus éprouvés; quelles sont les modalités juridiques qui conditionnent les services requis ?— Et puis, voici le problème inverse : les collectivités s'adressant aux individus, soit parce qu'ils ont tiré de la guerre même un bénéfice particulier (production du matériel destiné aux armées, ravitaillement militaire et civil), soit parce que les circonstances de la guerre soulignent d'une façon exceptionnelle la sécurité procurée aux personnes et aux biens sauvegardés, conviés dès lors à participer, par voie d'impôts, aux charges considérables nécessitées par la défense nationale. Les discussions au Parlement et dans les livres, la polémique dans les brochures et les journaux attestent, par leur ton passionné, que les divers problèmes qui se posent atteignent les fondements mêmes du droit. Et si les choses sont telles aujourd'hui, qui oserait prédire pour demain le cadre d'événements et de doctrines où s'enfantera *le droit nouveau?*

Nous le savons, si l'on ne peut attendre sérieusement d'une formule proposée à l'École le privilège d'y rallier tous les suffrages, encore moins est-il permis de prétendre qu'elle domine les conflits sociaux. Pourtant, qu'on médite sur quelques phrases : « Les définitions n'apprennent pas grand'-

chose, et surtout elles ne prouvent rien ; elles ont au moins cet incontestable avantage : elles sont un précieux instrument de précision pour simplifier les idées, et par suite, *elles servent aux hommes à s'entendre*. Or, qu'on écrive ou qu'on parle, il est plus utile qu'on ne croit de s'assurer au préalable qu'on s'entend; que de méprises, de désaccords et de conflits n'ont pas d'autre cause que les termes dont on use[1] ! »

L'utilité pratique limitée, mais réelle, reconnue ainsi aux définitions en général, est-il absolument vain d'en espérer les bons effets d'une définition du droit — celle que nous préconisons ou toute autre — inspirée de la même méthode ou d'une méthode différente ?

Sans doute, au regard des graves problèmes qui se dressent, serait-il hautement désirable que l'accord se réalisât, non pas seulement sur une phrase de définition, mais sur le contenu de la notion, sur l'idée du droit elle-même, et son rôle dans la société. Mais si, au sujet de toute chose, la sagesse des nations enseigne qu'on en doit considérer la fin, elle ne recommande pas moins justement d'y commencer par le commencement. En conséquence, estimera-t-on superflu d'avoir, comme on l'a fait ici, insisté en faveur d'une définition qui tente de mettre chaque terme à sa vraie place, avec la force de suggestion qu'une proposition de cette nature est capable d'exercer sur les esprits ?

Sur ce point encore, on appréciera.

---

1. Beudant, *Le droit individuel et l'État*, p. 17, n° 9, *in fine*.

Mais surtout un dernier sentiment nous a guidé dans cette étude.

Ayant servi aux armées pendant la première année de la campagne, nous avons pu nous entretenir souvent avec les combattants, jeunes ou vieux, officiers, sous-officiers, simples soldats. Ceux-ci, comme l'a heureusement établi l'élite de nos écrivains de guerre (réagissant contre une littérature de bas étage), n'ont pas l'esprit sans cesse tourné vers les denrées distribuées par l'intendance. Au cours des longues nuits de veille que notre service comportait, nous avons causé à cœur ouvert avec des hommes admirables, et abordé de nombreux problèmes. C'est alors que nous avons aperçu jusqu'à quel point ces formules splendides, « la guerre du droit », « les soldats du droit », lancées par les proclamations au moment de la mobilisation, avaient porté dans l'âme de ceux qui pensent. Pour combien de camarades aujourd'hui disparus, dont les yeux s'allumaient alors, n'avons-nous pas eu à commenter l'axiome « que l'objet du droit, c'est la liberté » ! Écrivant, dans les pages qui précèdent, les idées que nous leur exprimions *là-bas,* leur figure nous revenait à tout instant : nous dédions ce livre à leur souvenir.

Et maintenant, si quelqu'un était tenté de critiquer le titre de notre travail, ou son objet, ou son développement, nous répondrions simplement ceci :

— Oui, la définition du droit c'est le premier chapitre, et dans le premier chapitre la première page, et dans la première page la première ligne de nos ouvrages les plus élémentaires ! mais la France doit

aujourd'hui se remettre à les faire épeler. Tout est à recommencer dans le domaine des sciences morales ; car là où a passé le cheval d'Attila, l'herbe repousse-t-elle jamais ? La sauvage agression de la Prusse a remis le monde à l'école. Il nous faut reprendre l'A. B. C.

(31 mars 1917.)

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — **Position de la question** 1

PREMIÈRE PARTIE. — BROCARDS ROMAINS ET PROCÉDÉS DIVERS

CHAPITRE I. — **Les brocards du droit romain**. 7

Supériorité des Romains dans la définition en général; absence de bonne définition du droit dans les textes, 7-9.

I. *Institutes* de Justinien. Définitions : *justitia*, *jurisprudentia*. — Ces deux définitions présupposent une définition du droit, 9-13.

II. *Institutes* de Justinien (*suite*). Absence de définition de la notion de droit (*jus*); énumération des éléments qui y rentrent ; critique de cette méthode, 13-14. — Appréciation historique et rationnelle, 14-15. — 1° *Honeste vivere*, 16-17. — 2° *Alterum non lædere*, 17-19. — 3° *Suum cuique tribuere*, 19-21. — Résumé, 22.

III. *Digeste*. Définition du droit de Celse (*ars boni et æqui*) ; sa portée limitée, 22-25.

CHAPITRE II. — **La définition du droit, corollaire de la définition de la loi** (ECOLE DES COMMENTATEURS DU CODE CIVIL) . . 26

La définition du droit dans la doctrine française au XIX° siècle et au début du XX° siècle. Diverses catégories, 26.

I. Raison d'être de cette méthode, 27. — Procédé de définition de TOULLIER, de MARCADÉ, de DEMANTE, de DEMOLOMBE, 28-31.

II. Conséquence de cette méthode : disparition de la définition du droit (MASSÉ et VERGÉ, LAURENT), 31-35.

CHAPITRE III. — **Les définitions multiples** (PROCÉDÉ PÉDAGOGIQUE ACTUEL) 36

La définition du droit affranchie de toute sujétion vis-à-vis de la définition de la loi. — Procédés de VALETTE et de CHARLES BEUDANT, ouvrant la voie au procédé actuel, 36-39.

I. Les civilistes. — Définitions multiples de VALETTE et BEUDANT, 39-41. — Définitions multiples de MM. BAUDRY-LACANTINERIE, PLANIOL, SURVILLE, COLIN et CAPITANT, 41-46.

II. Les juristes du droit public. — Définitions multiples de M. Duguit, 47. — Divers sens de l'expression « droit objectif » suivant les auteurs, 48-50.

Conclusion : Nécessité de réaliser l'unité de définition, 51.

DEUXIÈME PARTIE. — LA DÉFINITION UNIQUE DANS LA DOCTRINE (EXAMEN CRITIQUE)

Chapitre I. — **La définition d'Aubry et Rau** (les origines de la définition « formelle ») 53

Genèse de la définition d'Aubry et Rau : la définition de Zachariæ ; sa transformation, 53-56.

I. Les mérites de la définition d'Aubry et Rau : 1° Elle domine, à égale distance, le droit positif et le droit naturel, 57-58. — 2° Elle est applicable aux relations internationales, 58-60. — 3° Elle ne restreint pas le droit aux rapports de l'homme avec ses semblables, 60-62. — 4° Elle ne fait pas mention de l'État, à propos de la sanction du droit, 62-64.

II. Ses défectuosités : 1° Forme et expressions trop abstraites, 64. — 2° Elle confond la notion de droit avec les règles du droit, 65-67. — 3° Elle ne met pas en relief, avec une vigueur suffisante, la sanction, trait spécifique du droit, 67. — 4° Elle n'évoque pas le « problème du droit », 68-70.

Chapitre II. — **La définition tenant compte du but du droit.** 71

Définition-type de ce genre : la définition de Bufnoir, 71.

I. Définitions plus détaillées : la définition de M. Gaston May; rapprochement avec les « Prolégomènes » de M. Huc, 73-74.

II. La définition de M. Gény. Point de départ identique à celui des précédents auteurs, 74. — Analyse des éléments constitutifs de la notion de droit; formule de définition, 76-77.

III. Examen critique de la définition de M. Gény. 1° Réserves de forme, 78. — 2° Renvoi à des critiques déjà présentées, 78. — 3° Limitation au seul point de vue « objectif », 78-80. — 4° L'appel à la notion de justice, 80-82.

Chapitre III. — **La définition par le but** (définition « sociologique ») 83

Les définitions du droit, définissant le droit par son but ; leur double origine (1° philosophes et sociologues; 2° juristes de profession), 83-84.

§ 1er. — *Les philosophes.* 85

I. Absence de définition du droit chez Bentham. — Ses causes, 85-89.

II. Abondance de définition chez M. Gaston Richard, 89.

III. La définition métaphysique de Kant. Ouvrage où elle figure, 90. — Position de la question en raison

pure ; méthode pour y répondre ; la formule, 90-94. — Comment les disciples de Kant ont interprété cette définition, 94-97.

§ 2. — *Les juristes* 97

Observation préliminaire. Sur quoi porte cet examen critique, 97.

I. Définition de M. Tanon. Critique de la doctrine kantienne ; formule rectificative proposée, 98.

II. Définition de Ihering. Critique de la doctrine kantienne et définition du droit dans l'*Esprit du droit romain*, 100-102 ; — Le *But dans le droit* (1877); critique de la définition « formelle » et nécessité de définir le droit par son « contenu », 102-104. — La formule, 104.—Conciliation avec les idées soutenues dans l'*Esprit du droit romain*: la définition « sociologique », 105-107.

III. Définition de M. Duguit. — La définition « objective », définition unique du droit, 107.—Critique de la notion métaphysique du droit et de la doctrine kantienne, 108-110. — L'élimination totale du point de vue « subjectif » dans la définition du droit, 110-111.

Chapitre IV. — **Critique de la définition sociologique**. . . . 112

La critique des résultats engendrés par ce mode de définition, 112.

I. L'exclusion du point de vue subjectif dans la définition du droit, 113-114. — Elle est logiquement inacceptable, 114.

II. Impossibilité de faire l'accord sur une formule de définition de ce genre, laissant dès lors à l'arbitraire une place que la notion à définir ne peut supporter, 115-117.

III. Disparition de toute définition du droit dans les plus récentes études sur la notion de droit, 117-121.

IV. Dernière conséquence : le triomphe de la notion de force, 121.

TROISIÈME PARTIE. — **MÉTHODE DE DÉFINITION ET DÉFINITION PROPOSÉE**

CHAPITRE I. — **Retour à la définition formelle amendée. Méthode de définition** 125

Nécessité d'abandonner la définition sociologique, et de revenir à la définition formelle, 125-127.

I. Ce qu'il faut entendre par « définition formelle » ; exemple, 127-129.

II. La définition formelle, préférée par les civilistes, 129. — Comment il est indispensable d'en établir la méthode, 130-131.

III. Double rôle de la définition juridique, en général, 132.

Mission de *précision*, 132-133. — Mission *d'évocation*, 133-434. — Exemple tiré de la définition du mariage dans la doctrine, 134-138.
Conclusion. Comment il est possible, par l'*évocation*, d'amender la définition formelle, 138-139.

CHAPITRE II. — **Définition du droit proposée** 140
Application de la méthode ci-dessus à la définition unique du droit.

§ 1er — *Précision des éléments formels*. 140
I. Substantif de la définition: le droit est une *délimitation*, 140-142. — Doctrines en ce sens, 142-143.
II. Les autres éléments formels: la règle, 143-145.
III. La sanction. C'est l'élément spécifique de la notion de droit, 145-146. — Analyse des termes à choisir pour la préciser dans la définition : 1° Nécessité de termes concrets ; difficulté à raison de la variété des voies de contrainte, 146-149. — 2° Rigoureuse spécification concernant l'emploi de la force, 149-150. — 3° Caractère éventuel de la sanction, 150-151.
Résumé. Formule provisoire résultant des observations qui précèdent, 152.

§ 2. — *Évocation des principaux aspects* 152
I. Évocation dans la définition des points de vue du droit positif, — du droit naturel, rationnel ou idéal, — de la science du droit, et du droit appliqué, 152-154.
II. Évocation, dans la définition, des points de vue du droit « objectif » et du droit « subjectif » : difficulté du problème ; son énoncé ; méthode pour le résoudre, 155-156. — 1° Objet du droit ; du principe : *que l'objet du droit, c'est la liberté ;* nécessité d'une démonstration, 156-159. — Les objections contre la doctrine kantienne ; elles sont ici sans valeur, 159-162. — 2° Sujets régis par le droit : *les hommes et leurs groupements*, 162-163. — L'individu et les collectivités ; les conflits de collectivités, 163-165.
Formule de définition proposée. 165

CONCLUSION 167

TABLE DES MATIÈRES 173

4303. — Tours, Imprimerie E. ARRAULT et Cie.

UNIVERSITAS OTTAVIENSIS BIBLIOTHECA

LE DROIT, LA JUSTICE ET LA VOLONTÉ

Conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit.

Par **Georges RENARD**

Professeur de droit public à l'Université de Nancy.

1924. Un volume in-18 . . . . . **9 fr.**

LE DROIT, LA LOGIQUE ET LE BON SENS

Conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit (2e série).

Par **Georges RENARD**

Professeur de droit public à l'Université de Nancy.

1925. Un volume in-18 . . . . . **9 fr.**

LA RECHERCHE DE LA SAGESSE

Étude de discipline morale et d'ordre social.

Les hommes, les peuples doivent s'astreindre à de nobles et fortes disciplines s'ils veulent vivre la vie droite et mériter leur propre estime.

Par **E. DUPLESSIX**

1924. Un volume in-18. . . . . **7 fr. 50**

SCIENCE ET TECHNIQUE EN DROIT PRIVÉ POSITIF

Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique.

Par **François GENY**

Professeur de droit civil à l'Université de Nancy.

1915-1925. 4 volumes in-8° . . . . . **150 fr.**

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DU DROIT

plus spécialement destinée aux étudiants de première année de licence des Facultés de droit.

LE PROBLÈME DU DROIT

DEVANT LA PHILOSOPHIE, LA SCIENCE ET LA MORALE

Par **Julien BONNECASE**

Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.

1926. Un volume in-8° . . . . . **15 fr.**

Tours, Imprimerie ARRAULT et Cie.

Universitas Ottaviensis
BIBLIOTHECA
Facultas Juris Civilis

a39003 008514118b

DATE DUE